

Les Restrictions conventionnelles à la Cession des Actions de Sociétés

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 8 Mars 1933, à 14 heures

PAR

Max MORAS

JURY DE LA THÈSE

Président : M. RIPERT.

Suffragants { M. M. PICARD.
 { M. HAMEL.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1933

Tous droits réservés

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver
les opinions émises dans les thèses, ces opinions doi-
vent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

Les Restrictions conventionnelles à la Cession des Actions de Sociétés

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 8 Mars 1933, à 14 heures

PAR

Max MORAS

JURY DE LA THÈSE

Président : M. RIPERT.

Suffragants { M. M. PICARD.
M. HAMEL.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^e et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1933

Tous droits réservés

Les restrictions contemporaines

et

l'ordonnance des lettres de noblesse

THE UNIVERSITY OF LEIDEN LIBRARY



LEIDEN, 1811

NO. 1000

1811

1811

UNIVERSITY OF LEIDEN - LIBRARY IN LEIDEN

THE UNIVERSITY OF LEIDEN LIBRARY

LEIDEN, 1811

NO. 1000

1811

LES RESTRICTIONS CONVENTIONNELLES A LA CESSION DES ACTIONS DE SOCIÉTÉS

INTRODUCTION

L'Intuitus personae dans les Sociétés de Capitaux

Toutes les sociétés du Droit Romain présentent ce caractère commun et fondamental d'être des contrats essentiellement personnels. Les individus se groupant à raison de la confiance réciproque qu'ils s'inspirent. Ce sont les qualités respectives de chacun qui sont à la base de leur collaboration. Ces qualités doivent demeurer intactes pour que l'union puisse durer. Tout changement qui les affecte entraîne la rupture du contrat. La société est dissoute par la mort, la *capitis deminutio*, l'*egestas* ou la ruine de l'un de ses membres. Pour la même raison un associé ne peut se retirer en se substituant un tiers « *nam socii mei socius socius meus non est* ».

Ce lien intime qui unit les associés entre eux se retrouve intact dans l'ancien Droit et les deux effets qui en dérivent, dissolution par la mort d'un associé,

inaccessibilité de la part sociale ont été consacrés par le Code Civil dans les articles 1861 et 1865.

A côté de la société civile, simple rapport d'obligation entre associés, héritière directe du Droit romain, s'est développée dès le moyen âge la société commerciale, que l'ordonnance de 1693 a doté d'un embryon de personnalité : l'associé contractant qui, jusque-là, était seul tenu de la dette, oblige, désormais, les autres solidairement. Malgré cette différence, cette société, elle aussi, repose sur l'« *intuitus personæ* ».

Il est facile, en effet, de comprendre que dans un groupement où l'acte d'un seul engage la responsabilité indéfinie de tous, la personnalité de chaque membre constitue pour les autres un élément prépondérant, mais une telle société est un organisme fragile. Son existence est soumise à la vie ou à la volonté d'un seul de ses membres. Possible avec un nombre réduit d'associés se connaissant parfaitement, elle convient à une entreprise de faible importance, mais elle n'est plus en harmonie avec la vie économique moderne. Déjà, lorsque sont nées en France les Compagnies de Colonisation, des chartes royales ont dû leur créer des statuts propres.

Aujourd'hui la concentration a fait naître des entreprises dont la stabilité et l'avenir ne doivent pas être compromis par le fait d'un homme. Leur envergure les oblige à grouper des capitaux considérables, que les aléas de l'exploitation rendent impossibles à réunir si l'on admet la responsabilité indéfinie de l'associé. Le large appel qui doit être fait à l'épargne empêche, d'autre part, de tenir compte de l'indentité des sous-

cripteurs. Ainsi est apparue la nécessité d'un type de société nouveau s'adaptant aux exigences de la production. Il se trouve réalisé dans les sociétés dites de capitaux. Comme leur nom l'indique, l'élément pécuniaire prend le pas sur le facteur personnel. Leurs membres voient leur risque limité à leur apport. Ils peuvent disparaître ou se retirer sans que la vie de la société en soit atteinte : leurs droits passent à leurs héritiers et peuvent être cédés librement.

Dans notre Droit moderne on divise les sociétés en deux groupes :

— les sociétés de personnes, comprenant la société en nom collectif et la commandite simple.

— les sociétés de capitaux, comprenant la commandite par actions et la société anonyme.

Pour les distinguer, on déclare que les premières sont conclues « *intuitu personæ* ». Dans les secondes, au contraire, toute considération de personne est en principe écartée. Elles sont conclues « *intuitu pecuniæ* ». On exige seulement des associés « une volonté de collaboration active en vue d'un but commun ».

Est-ce à dire, pourtant, qu'elles peuvent toujours et absolument se désintéresser de la personnalité de leurs actionnaires ? Certainement non et pour des raisons diverses, sous des formes variées, on voit renaître l'« *intuitus personæ* » dans les sociétés de capitaux.

L'objet même qu'elles poursuivent les oblige parfois à surveiller le recrutement de leurs membres et à exiger d'eux la possession de certaines qualités.

Pour les Tribunaux, la nationalité d'une société dépend uniquement du lieu de son siège. Pourtant,

si la majorité se compose d'éléments étrangers, elle peut agir à l'encontre des intérêts nationaux. Aussi, y a-t-il des sociétés qui exigent de leurs actionnaires la possession de la nationalité française.

Dans un autre ordre d'idées, certains groupements, qui ne poursuivent pas un but simplement lucratif et qui se rapprochent plutôt de la notion d'association, ne veulent pas qu'un changement de majorité leur fasse perdre leur orientation primitive.

Exemple : Exploitation d'un cercle, d'un théâtre, d'une maison d'enseignement.

Il y a, de même, des sociétés qui, originellement constituées par intérêt, prennent la forme anonyme ou en commandite, soit à raison du développement de l'affaire, soit pour des motifs fiscaux, ou encore pour bénéficier de la responsabilité restreinte. Elles désirent, cependant, maintenir cet « *intuitus personæ* » qui existait à leur naissance, resserrer l'intimité de la collaboration et, pour cela, choisir leurs actionnaires dans un cercle de parents, d'amis ou d'employés.

Exemple : Les grands magasins : Louvre, Bon Marché, Belle Jardinière.

Parfois c'est le cas d'une entreprise familiale qui veut garder ce caractère malgré sa transformation en sociétés de capitaux.

Exemple : Société Anonyme A. Michelin, Raffineries Say, Société Dubonnet.

D'une façon générale, tout organisme éprouve la nécessité de se prémunir contre l'action des spéculateurs, les manœuvres des concurrents ou l'intrusion d'éléments hostiles.

Il s'agit alors de prévenir un danger éventuel. On ne recherche plus l'existence de certaines qualités chez l'actionnaire. On évite, au contraire, qu'il possède tel ou tel caractère. On lui demande de garder une attitude de neutralité. L'« *intuitus personæ* » revêt un caractère négatif. « Si cela ne pouvait paraître paradoxal, on pourrait dire que cet « *intuitus personæ* » nouveau style a pour but de protéger, de renforcer l'« *intuitus pecuniæ* » : on demande à l'actionnaire d'être un simple apporteur, un capitaliste ; on veut que son anonymat soit réel et que derrière lui ne se cache pas une volonté, une personnalité agissante ⁽¹⁾.

Cette surveillance et cette sélection des actionnaires sont indispensables pour les entreprises qui intéressent la vie économique du pays ou qui touchent à la défense nationale. Elles sont primordiales pour les sociétés d'études et les jeunes sociétés d'exploitation que la concurrence est vite prête à absorber. Il est enfin d'une importance capitale pour les holdings et les omniums de ne pas laisser un groupe financier prendre le contrôle de leurs filiales.

Pour obéir à ces légitimes préoccupations de défense, la pratique a dû imaginer des moyens de sauvegarde.

Il ne suffit pas que les souscripteurs primitifs offrent toutes les garanties souhaitées. Ils peuvent se retirer en cédant leurs droits et leur retraite ouvre la porte à tous les indésirables. Le danger consiste dans la libre cessibilité des actions. Cette liberté doit être régle-

(1) CAMERLYNCK, « De l'intuitus personæ dans les sociétés anonymes ». Thèse, Paris, 1929, p. 23.

mentée et restreinte. Les statuts vont soumettre l'entrée dans la société à l'agrément des représentants sociaux. Désormais toute cession pour être valable devra être autorisée par un organe choisi, conseil d'administration, administrateur-délégué ou gérant, assemblée générale.

L'agrément peut être pur et simple, le nouvel actionnaire est admis ou écarté.

Il peut aussi se combiner avec un droit de préemption réservée à certaines personnes lorsque la cession est refusée.

Ces deux types de clauses sont extrêmement souples : car ils permettent à la société de faire face à tout péril dans n'importe quelle circonstance. Aussi se sont-ils de plus en plus développés. Il est rare que les actions à vote plural n'y soient pas soumises.

Mais, si les clauses exigeant de l'actionnaire la possession de certaines qualités n'offrent en droit aucune difficulté, les clauses d'agrément et de préemption ont suscité par contre de nombreuses controverses : elles heurtent le principe d'après lequel la liberté de cession est un attribut essentiel de l'action.

Quel est le fondement de la cessibilité ? La convention peut-elle y apporter des limites ? Telle est la question préalable qui sera résolue dans le premier chapitre de cette thèse.

Les deux chapitres suivants seront consacrés à l'étude de la clause d'agrément et du droit de préemption.

Lorsque les statuts n'ont pas prévu de mesures restrictives, les assemblées ont-elles le droit de les édicter par voie de modification ? Cette étude du pouvoir des assemblées fera l'objet d'un chapitre quatrième.

Enfin, un dernier problème se posera. Pour qu'une cession puisse être arrêtée, il faut que la société soit appelée à intervenir au moment où elle s'opère. L'agrément ne peut donc s'appliquer qu'à des titres nominatifs. Lorsqu'ils sont au porteur, la pratique a pourtant cherché par divers procédés à en restreindre la libre disposition. Ces procédés sont :

- la cession des seuls droits pécuniaires avec la réglementation du droit de vote,
- les syndicats de blocage des actions,
- les groupements de porteurs de titres.

Dans le dernier chapitre, nous apprécierons la validité de ces combinaisons.

CHAPITRE PREMIER

La cessibilité de l'action et l'ordre public

Est-il permis de déroger conventionnellement à la cessibilité des actions ?

L'article 2 de la loi du 24 juillet 1867 déclare bien que les actions ou coupons d'actions sont négociables, lorsqu'ils sont libérés du quart de leur valeur nominale, mais cette disposition n'est-elle pas interprétative et la convention ne peut-elle pas prévoir des clauses contraires à la négociabilité ? Dans certaines sociétés « société de personnes » les parts sociales ne peuvent être cédées. Dans d'autres « sociétés à responsabilité limitée » la cession ne peut s'opérer que par les modes du Droit Civil et elle doit être consentie par la majorité des associés représentant les trois quarts du capital.

Ce qui est le droit commun pour certaines sociétés deviendrait-il pour d'autres contraire à l'ordre public et pourrait-on invoquer l'article 1172 du C. C. pour déclarer nulle une disposition des statuts restreignant ou supprimant la libre cession des actions ?

Sans doute, la nullité s'imposerait-elle s'il s'agissait d'une société conclue pour un temps très long ou sans limitation de durée. Dans ce cas, la situation d'un actionnaire perdant le droit de transmettre ses titres

est sans analogie avec celle de l'associé en nom. Dans une société de personnes conclue pour une durée indéterminée, il suffit de la renonciation d'une seule des parties pour entraîner la dissolution (art. 1869 C. C.), chaque membre pouvant ainsi, quand il le désire, reprendre la disposition de ses droits. Le législateur a voulu éviter aux sociétés de capitaux le danger d'une vie précaire, aussi le pacte social ne peut être rompu par une volonté unilatérale, ni par la faillite ou la déconfiture de l'un des membres. Des titres incessibles pendant toute la vie de leur propriétaire ou pour un temps illimité, seront considérés par les Tribunaux comme frappés d'inaliénabilité perpétuelle. L'actionnaire aura donné une affectation définitive à un élément de son patrimoine, ce qui, en dehors du régime dotal et des substitutions, est prohibé dans le Droit français.

Mais ce raisonnement est sans valeur lorsque la société est conclue pour une durée limitée. De sérieux arguments militent, au contraire, en faveur de la suppression du caractère cessible des actions. Une telle pratique est, même, économiquement saine. Evitant la circulation trop facile des titres, elle évite aussi la spéculation, elle protège l'épargne. C'est là la préoccupation constante du législateur dans ses interventions en matière de sociétés. Ceux qu'attirait l'unique désir de réaliser en Bourse de gros bénéfices seront automatiquement écartés. La garantie d'une bonne gestion est d'autant plus efficace que les associés peuvent plus difficilement se soustraire à leurs obligations. Elle se mesure, en somme, à la difficulté de transmis-

sion des titres. A ce point de vue l'intérêt de la société comme celui des créanciers consiste dans l'immobilité du capital.

A. — LE FONDEMENT DE LA CESSIBILITÉ.

Pourtant, malgré ces avantages, on a douté de la validité des clauses restreignant la cessibilité de l'action. Il importe donc de rechercher quel est le fondement de la cessibilité. Pourquoi dans certaines sociétés, la part sociale est-elle incessible, pourquoi, dans d'autres, ne l'est-elle pas ?

D'après la théorie classique adoptée par la Jurisprudence, si l'action peut librement se transmettre, c'est parce que dans une société de capitaux, toute considération de personne est étrangère à la formation du contrat. Seul compte l'apport, peu importe son titulaire.

« L'actionnaire est un associé dont on ne recherche point les qualités individuelles, mais seulement la mise » (1).

C'est sur la base de l'« *intuitus personæ* » que les auteurs et les Tribunaux distinguent les deux types de sociétés commerciales. De ce même élément, de son absence ou de sa présence, ils font découler la transmissibilité ou l'intransmissibilité de la part sociale. « Une société est par intérêt lorsque l'« *intuitus personæ* » domine sa constitution au point que la transmissibilité n'existe pas, ou, du moins, n'est admise

(1) THALLER, *Traité élémentaire de Droit commercial*, 4^e édition, n° 575.

qu'à titre exceptionnel : c'est alors une société de personnes, comme les sociétés civiles, où les associés sont choisis à raison de la confiance qu'ils inspirent.

Une société est par actions lorsque l'absence d' « *intuitus personæ* » « rend naturelle la transmissibilité des parts sociales » (2).

Ainsi, il y a deux sortes de commandites. Dans l'une, les commanditaires ne peuvent transmettre leurs droits. Dans l'autre, à l'inverse, ils le peuvent librement. Dans le premier cas, leurs qualités personnelles sont prises en considération par leurs co-associés. Dans le second, ces qualités sont indifférentes. La commandite simple est une société de personnes. La commandite par actions est une société de capitaux.

Toute mesure restreignant la cessibilité d'une action manifeste l'existence d'un « *intuitus personæ* » entre les actionnaires. Introduire cet élément dans leurs rapports c'est donc tendre à transformer la société en groupement de personnes. Cette conséquence a été admise, nous le verrons, par la Jurisprudence en matière de commandite. L'« *intuitus personæ* » et la nature même de la société de capitaux seraient contradictoires. Il existerait une antinomie entre le fonctionnement d'une clause restrictive et l'essence de l'action.

B. — L'INTUITUS PERSONÆ.

Quest-ce que l' « *intuitus personæ* » et quel doit être son rôle ?

L' « *intuitus personæ* », la prise en considération par

(2) FRAISSINGEA, « Le double critérium de l'action ». *Annales de Droit commercial*, 1914, p. 16.

un contractant de la personnalité de l'autre partie, est une notion familière en Droit : elle se manifeste à un degré plus ou moins atténué dans tout rapport d'obligation. C'est l'intérêt que l'on porte au donataire qui est la cause des libéralités. C'est à raison de la confiance qu'inspire tel individu qu'on le constitue son mandataire. Parmi les actes à titre onéreux, les obligations de faire ont un caractère strictement personnel. L'identité du débiteur, son honnêteté, sa situation de fortune ne sont pas indifférents au créancier. Ces éléments constituent le crédit.

Sans doute, dans la société, l'« *intuitus personæ* » peut-il prendre une importance plus grande que dans tout autre contrat, puisque tous les associés collaborent en vue de l'enrichissement commun, leurs intérêts sont identiques, mais il n'est pas un concept original, particulier à cette institution, il n'est toujours qu'un facteur psychologique. Ainsi que le définit Camerlynck, c'est un « élément intentionnel capital » et pour donner effet à cette intention de chaque associé il suffit d'appliquer le principe général de l'autonomie de la volonté. « S'il apparaît à l'analyse que les parties ont eu strictement en vue en contractant, la personnalité des autres associés, il est évident, par interprétation de cette volonté, que tout changement dans cette personnalité constituera une atteinte à la convention » (3).

Déclarer que la société de personnes est conclue « *intuitu personæ* » c'est uniquement présumer de l'intention des fondateurs et l'on traduit cette intention en

(3) CAMERLYNCK, *op. cit.*, p. 17.

lui attribuant comme conséquence l'incessibilité de la part sociale. Lorsque le législateur a créé des sociétés dont les membres peuvent transmettre leurs droits, le juriste a voulu expliquer ce caractère nouveau en le rattachant encore à la volonté des parties : il a créé, alors, une notion inverse de l'« *intuitus personæ* » : l'« *intuitus pecuniæ* ».

C'est donc à une présomption de la volonté des contractants que l'on veut soumettre les règles de la société. Mais si la volonté joue un rôle capital lorsqu'elle est présumée, à fortiori doit-elle continuer à le remplir lorsqu'elle se manifeste expressément, et, si son expression est contraire à la présomption admise, cette dernière doit tomber. Autrement dit « *intuitus personæ* » et « *intuitus pecuniæ* » ont une valeur interprétative. D'ailleurs, le Code Civil lui-même ne souligne-t-il pas ce caractère en prévoyant dans l'article 1868 la clause de continuation de la société de personnes malgré le décès d'un associé ?

Appliquons ce raisonnement à un exemple. Supposons une société anonyme fondée entre membres d'une même famille. Elle a introduit dans ses statuts des clauses restreignant la cessibilité de ses actions. Sa constitution repose, donc, sur un « *intuitus personæ* ». Malgré cela, le groupement n'est pas dissous par la mort d'un associé puisqu'il a revêtu la forme d'une société de capitaux. Si l'on continue d'expliquer ce caractère par l'« *intuitus pecuniæ* » la société va être dominée par deux éléments contradictoires, ce qui est inadmissible.

Va-t-on faire prévaloir l'« *intuitus pecuniæ* » en

affirmant qu'il est le fondement nécessaire de la société de capitaux et annuler les mesures restrictives ? Le soutenir revient à décréter la toute puissance de la volonté des contractants et à l'empêcher en même temps de produire ses effets. C'est un paradoxe.

Il faut être logique. Si l'on déclare respectable la volonté des fondateurs, on doit la respecter et tenir pour valables les règles qu'elle édicte. En l'espèce toute mesure ayant pour effet de restreindre ou de supprimer la cessibilité d'une action doit être déclarée licite. Alors c'est admettre que l'« *intuitus pecuniæ* » peut être exclu de la société de capitaux au profit de l'« *intuitus personæ* » et l'on renie, ainsi, les prémices du raisonnement.

Le critérium classique adopté pour distinguer les sociétés commerciales se détruit lui-même. C'est, en effet, une erreur que d'accorder à la volonté un rôle prééminent dans l'organisme social.

Cette erreur est née au sujet des commandites. C'est pour expliquer la différence de situation des commanditaires dans les deux types de groupement, qu'on a fait appel aux notions d'« *intuitus personæ* » et d'« *intuitus pecuniæ* ». Elles ont été ensuite étendues à la société anonyme et, généralisées, elles ont servi à la distinction de la part d'intérêt et de l'action, de la société de personnes et de la société de capitaux.

C. — LA CESSIBILITÉ DES ACTIONS DANS LA COMMANDITE.

L'analyse qui a été faite de cette société est en réalité inexacte et la différence de traitement des comman-

ditaires s'explique, historiquement, d'une façon fort simple.

Le législateur de 1807 a considéré la responsabilité indéfinie du gérant comme la vraie garantie d'une gestion honnête et prudente. Les commanditaires ayant leurs engagements limités à leur mise, il n'a vu aucun inconvénient à ce que leurs parts deviennent transmissibles, aussi a-t-il permis à la commandite de se constituer par actions. Mais, dans son esprit, il n'y avait pas, originairement, d'opposition fondamentale entre les deux types de société. Ce qui le prouve bien c'est qu'il n'a pas soumis la constitution de la nouvelle commandite à la nécessité d'obtenir l'autorisation gouvernementale, à laquelle devait se conformer la société anonyme.

Les événements ont déjoué son calcul. Des individus peu scrupuleux, prenant comme gérants des hommes de paille, firent appel à l'épargne publique et fondèrent des commandites uniquement dans un but de spéculation. Pratiquement, ces sociétés étaient de véritables sociétés anonymes non autorisées, n'offrant à leurs associés et aux tiers qu'une garantie illusoire.

Pour lutter contre cet abus, on imposa dès 1856 à la commandite par actions une réglementation assez stricte et ce régime fut étendu en 1867 à la société anonyme.

Ce fut le tort des interprètes du Droit de baser les commandites sur des conceptions essentiellement différentes. Il est arbitraire d'établir entre les deux une solution de continuité. Elles présentent, au contraire un point commun capital : la responsabilité limitée du

commanditaire. A côté du crédit personnel dont elles jouissent par la responsabilité indéfinie des commandités, elles possèdent un patrimoine propre constitué par la mise de leurs commanditaires, elles ont au même degré la personnalité morale. En quoi alors se distinguent-elles ?

Ainsi que le remarque Camerlynck ⁽⁴⁾, deux considérations font qu'une commandite devrait être soumise à la loi de 1867.

1° « Le fait que, contrairement à ce qu'ont envisagé les rédacteurs du Code de Commerce, la société des commanditaires prend le pas sur l'autre ». Lorsque ces derniers ont engagé des sommes tellement importantes que la garantie personnelle des gérants se réduit au point d'être un accessoire, on est pratiquement en présence d'un simple groupement de capitaux au même titre qu'une société anonyme.

2° « Si à la responsabilité limitée des commanditaires vient s'ajouter la transmissibilité de leur part, donc la possibilité de spéculer, la réglementation de la loi de 1867 doit s'appliquer pour protéger l'épargne. »

Pour qu'une commandite puisse être par actions, la part du commanditaire doit être nécessairement transmissible, mais, pour expliquer cette transmissibilité, il est superflu et même faux de se référer à l'intention prétendue des fondateurs. La loi l'a établie indépendamment de toute considération psychologique et la convention ne peut la supprimer, car le faire serait un non-sens.

(4) *Op. cit.*, p. 69.

D. — LA CESSIBILITÉ DES ACTIONS DANS LA SOCIÉTÉ ANONYME.

Dans la société anonyme le problème du fondement de la cessibilité et de l'étendue de la liberté contractuelle se pose différemment. Ce qui donne à la société anonyme son originalité, c'est que tous ses membres ont une responsabilité restreinte. Elle possède un patrimoine personnel composé des apports sociaux. Elle ne jouit que d'un crédit propre, indépendant de celui des actionnaires. Par ce côté elle se différencie de toutes les autres, elle réalise le type véritable de la société de capitaux. Elle est même la seule à pouvoir n'être qu'un groupement de capitaux, mais il est excessif d'affirmer qu'elle n'est jamais que cela et surtout d'attribuer ce caractère à l'intention prétendue des contractants.

C'est parce que la société anonyme constitue une personne morale parfaite, parce que ses actionnaires sont engagés dans les limites de leurs mises, qu'elle peut reposer uniquement sur l'« *intuitus pecuniæ* », mais rien ne s'oppose à l'introduction d'un « *intuitus personæ* » dans les relations des actionnaires. Ils sont libres de régler leurs rapports comme ils l'entendent. Or cet « *intuitus personæ* » peut se manifester sous la forme de clauses restreignant la transmissibilité des actions. Il faut donc, semble-t-il, tenir ces clauses pour valables, et la cessibilité apparaît ainsi comme un caractère facultatif de l'action dans la société anonyme.

Cette conclusion s'imposerait logiquement, si l'on considérait le groupement social comme « une juxta-

position de liens établis d'homme à homme », mais, la société n'a pas seulement vis-à-vis des tiers une personnalité externe qui la dote d'une vie propre et d'une capacité complète pour traiter au dehors avec ses correspondants. Elle a, aussi, dans ses rapports avec les actionnaires une personnalité interne. Dans une note du Dalloz demeurée célèbre, Thaller a mis en lumière ces deux aspects de la personnalité morale ⁽⁵⁾.

Les règles qui la régissent sont imposées par le législateur et, par là-même, le domaine de la convention dans les rapports entre associés se trouve limité indirectement.

Du point de vue de la personnalité externe, l'on ne saurait déroger aux règles de la responsabilité vis-à-vis des tiers. Il est, par exemple, impossible que les parts d'intérêt d'une société en nom collectif revêtent la forme de titres aux porteurs, car les créanciers pourraient voir de ce fait diminuer leur gage.

Il en est de même pour la personnalité interne. Le législateur a réglé impérativement la gestion de la société. Les décisions, dans les assemblées, obéissent à la loi de la majorité. Telle décision qui a été adoptée a paru dangereuse à certains actionnaires et ils ont voté contre elle : ils ne sauraient supporter les conséquences d'un acte qu'ils n'ont pas voulu en restant prisonniers de leur groupement ; ce serait contraire à la collaboration qui est l'âme même de la société. Ils doivent, toujours, avoir la ressource de se retirer en négociant leurs droits.

A cela on est tenté d'objecter que l'actionnaire

(5) *D.*, 1893, 1, 105.

n'ignorait rien lorsqu'il a souscrit sa part de capital. Il avait le choix : ou bien faire partie de la société en acceptant toutes les conséquences de son acte, ou bien ne pas en faire partie. Il a opté en connaissance de cause. Son consentement était libre, la convention doit faire la loi.

Cependant, si l'on réfléchit, on s'aperçoit que, même s'il a eu connaissance des statuts, il n'a pu apprécier avec certitude la portée de son engagement. Les conditions mêmes dans lesquelles il l'a donné peuvent être bouleversées par une modification du pacte social et cela est surtout vrai depuis que les lois de 1913 et de 1930 ont consacré l'omnipotence du pouvoir des assemblées. Aussi, ne peut-on pas assimiler l'acte de souscription avec un contrat d'adhésion ordinaire.

D'ailleurs, en faisant de la société un organisme réglementé, le législateur n'a-t-il pas exprimé son intention formelle d'accorder aux actionnaires comme aux tiers une protection minima ?

Lorsque la loi du 24 juillet 1867 vint en discussion, un membre de l'Assemblée, Ollivier, déposa un contre-projet d'après lequel les associés régleraient leurs rapports, soit entre eux, soit avec les tiers comme bon leur semblerait, pourvu que leurs stipulations ne contiennent rien de contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. La loi ne régirait les sociétés qu'à défaut de convention spéciale. Ce contre-projet fut écarté par la commission, dont nous reproduisons un passage essentiel du rapport préparatoire.

« Il ne faut pas l'oublier, le projet est limité aux sociétés par actions nominatives ou au porteur, c'est-

à-dire à des conventions, qui, par leur mode de formation, leur nature, leur objet, diffèrent profondément des conventions ordinaires.

« Les sociétés par actions..... créations pour ainsi dire artificielles de la loi..... n'offrent, ni aux tiers, ni aux intéressés eux-mêmes les garanties des conventions ordinaires, soit dans leur mode de formation, soit dans leur fonctionnement.

« Il faut donc que la loi prévoyante pour ces intérêts que la force des choses pousse et condamne à une imprévoyance inévitable, stipule, à l'occasion de chaque espèce de société, le minimum de garantie dont l'expérience enseigne la nécessité ⁽⁶⁾. »

Le droit pour l'actionnaire de quitter la société en aliénant ses titres constitue la seule garantie de sa mise et du risque qu'il court : il est, par conséquent, d'ordre public et la cessibilité apparaît comme un caractère intangible de l'action. La doctrine est unanime à la reconnaître « ce qui distingue l'action de l'intérêt, ce qui constitue l'action, c'est la cessibilité » ⁽⁷⁾.

Dans un arrêt du 2 août 1886 ⁽⁸⁾, la Chambre Civile, pour la première fois, érigea en principe que c'est là le véritable caractère distinct de l'action. Toutes les décisions ultérieures ont reproduit cette formule.

*
* *

(6) Collection des Lois et Décrets Duvergier, 1867, p. 241 et sq.

(7) BRAVARD, *Traité de Droit commercial*, t. 2, p. 261.

(8) S., 1887, 1, 329.

Pour aboutir à cette conclusion, tant pour la commandite que pour la société anonyme, il a été inutile de faire appel à l'intention hypothétique des actionnaires. « *Intuitus personæ* » et « *intuitus pecuniæ* » sont des notions commodes permettant d'obtenir de la symétrie dans le classement des sociétés, mais nous avons montré qu'elles sont sans valeur juridique.

Lorsque des statuts contiennent des clauses limitant la cessibilité des actions, la seule question qui doit se poser pour les tribunaux est de savoir si ces clauses aboutissent pratiquement à rendre l'actionnaire prisonnier de son titre, ou si, au contraire, elles respectent son droit de sortie. Dans ce dernier cas seulement elles doivent être déclarées valables.

CHAPITRE II

La clause d'agrément

Par le jeu de cette clause, la société est appelée à se prononcer sur tout projet de transfert. L'associé qui désire céder ses droits l'avertit de son intention. Elle l'accepte ou elle s'y oppose. Le transfert est frappé d'une condition suspensive (1).

Ce moyen rudimentaire de contrôler le recrutement de ses membres est très utile pour une société d'études ou pour une jeune société qui, n'ayant pas encore réalisé de bénéfices et n'étant pas connue, veut se préserver contre l'intrusion d'éléments jugés indésirables.

Aujourd'hui c'est à peu près dans ces deux seuls cas que nous voyons jouer ce moyen de sauvegarde. Il existe de droit pour les cessions s'opérant dans une Société à responsabilité limitée.

SECTION I

La controverse en doctrine

Les droits allemand (P. 22, al. 1, C B) et suisse (art. 637, al 2, Co) admettent sans difficulté qu'une telle

(1) Trib. Civ. Cholet, 13 février 1925. D., 1926, 2, 87.

disposition figure dans les statuts d'une société, car pour eux, les restrictions peuvent aller jusqu'à supprimer la transmissibilité des actions. Or c'est à ce résultat que pourrait aboutir la clause d'agrément. Il suffirait à la société d'exercer en toute circonstance son droit de veto pour tenir les actionnaires à sa merci et rendre leurs titres inaliénables. Un tel danger autorise le doute sur la validité de la clause et l'on comprend qu'en France, une partie de la doctrine l'ait contestée. L'admettre c'est, dit M. Wahl, « démentir le principe d'après lequel la libre cessibilité est le caractère de l'action » (2).

En quoi l'action va-t-elle se distinguer de la part d'intérêt ? Comment va-t-on reconnaître une commandite simple d'une commandite par actions ? Dans ces deux types les commanditaires ont leurs engagements limités à leur mise, mais, tandis que dans le premier cas leur droit est incessible, dans le second il peut être librement cédé. Si l'on supprime le caractère qui les oppose, les deux sociétés vont être confondues. Ainsi, semble-t-il, la clause d'agrément doit être prohibée.

Elle a été, en effet, condamnée par quelques décisions judiciaires, assez anciennes, d'ailleurs, et dont la plus connue est celle du Tribunal de Commerce de la Seine du 9 avril 1894 (3).

Un des principaux « attendus » déclare que dans une société de capitaux, les actionnaires « transfèrent pure-

(2) *Précis théorique et pratique de Droit commercial*, n° 487, p. 160.

(3) *Journal des Sociétés*, p. 225.

ment et simplement leurs droits sociaux à leurs cessionnaires ».

Pour motiver plus fortement sa décision le Tribunal, invoquant l'art. 544 du C. C., considère les stipulations restrictives de la liberté de transmettre comme offensant le droit de propriété.

Ne pourrait-on pas cependant, citer en leur faveur un argument de texte ?

Le titre III de la loi du 24 juillet 1867 qui traite des sociétés à capital variable, prévoit dans son article 50 que :

« La négociation (des actions) ne pourra avoir lieu que par voie de transfert sur les registres de la société et les statuts pourront donner soit au Conseil d'administration, soit à l'Assemblée générale, le droit de s'opposer au transfert ».

On a fait observer que ce texte est tout à fait exceptionnel. Si, dans le cas des sociétés à capital variable, l'agrément a été admis par le législateur, c'est, dit-on, parce que, à l'inverse des sociétés ordinaires, l'associé peut toujours se retirer en reprenant ses apports. Il n'est donc jamais tenu malgré lui et l'agrément ne serait que la contre-partie de cette faculté de reprise. De là à dire qu'elle n'est pas valable dans les sociétés ordinaires, il n'y a qu'un pas, mais c'est faire une généralisation hâtive.

Lorsque le capital a atteint le minimum fixé par les statuts, la possibilité de retraite disparaît et cependant la clause d'agrément continue de jouer. Dès ce moment l'actionnaire ne peut se retirer qu'en cédant ses droits à un acquéreur préalablement agréé. Telle serait

sa situation dans une société à capital fixe, qui aurait introduit une semblable disposition dans ses statuts.

Si le titre III de la loi de 1867 ne peut fournir d'argument décisif pour l'une ou l'autre thèse, il est cependant permis de supposer « qu'aux yeux du législateur français, la clause d'agrément n'est pas incompatible avec l'essence de l'action » ⁽⁴⁾.

C'est aussi ce qu'estime la Cour de Cassation, et c'est sur ce terrain de l'essence de l'action que se sont élevées toutes les controverses.

SECTION II

Etude de la jurisprudence

Le problème s'est posé différemment suivant que la clause était insérée dans les statuts d'une commandite par actions, ou dans ceux d'une société anonyme. Il faut, alors, diviser notre étude en conséquence.

A. — L'AGRÉMENT DANS LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE.

LE CRITÉRIUM DE L'ACTION.

Les premières espèces qui ont été soumises aux Tribunaux l'ont été dans un intérêt fiscal, à propos des commandites. Cette circonstance est capitale, car c'est elle qui a orienté le raisonnement de la Jurisprudence. Il importe donc de la préciser.

(4) LAGARDE, « Des clauses réservant l'agrément d'un tiers pour la cession des droits ». *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1928, p. 111.

L'Administration prétendait que les clauses litigieuses n'empêchaient pas les titres d'être transmis, la société était donc une commandite par actions *société de capitaux* et, comme telle soumise à l'impôt de 3 % sur le revenu des valeurs mobilières. Les gérants, désireux de se soustraire à cet impôt, soutenaient l'opinion inverse. La commandite était par intérêt *société de personnes*.

Distinguer part d'intérêt et action revint alors, pour la Jurisprudence, à distinguer société de personnes et société de capitaux.

Dans les premières, les associés ont contracté en raison de la confiance personnelle qu'ils ont les uns les autres. Dans les secondes, les qualités respectives des membres ne sont pas considérées.

Au lieu de rechercher des caractères objectifs de l'action, la Cour a recherché l'intention des parties. Le contrat de société a-t-il été conclu ou non « *intuitu personæ* » ? Si oui, il y a part d'intérêt. Si non, il y a action.

« Intérêt est synonyme de droit dans une société de personnes. — Action est synonyme de droit dans une société de capitaux ⁽⁵⁾. »

On le voit, deux questions parallèles ont été confondues ; le problème a été déplacé.

Comment connaître l'intention des parties ?

On le peut déjà en se référant aux *mentions contenues dans le pacte social*. C'est ce que décida le premier

(5) WAHL, Note. S., 1909, 1, 577.

arrêt. Encore faut-il, pour tenir compte de cette présomption, que « les circonstances ne soient pas de nature à prévaloir nécessairement contre la dénomination donnée à la société par les parties » (6). C'est à ces circonstances qu'il faut s'attacher. Il s'agit de grouper des éléments qui manifesteront la volonté des fondateurs.

Plus il est difficile aux associés de transmettre leur part, et plus il apparaît qu'ils se sont réunis « *intuitu personæ* ». Aussi les Tribunaux recherchent-ils, parfois, si la transmission des titres a été considérée comme une opération normale ou exceptionnelle. Le degré de cessibilité apparaît ainsi, comme un des éléments susceptibles d'établir une présomption.

Dans le deuxième arrêt qu'elle eût à rendre (7), la Cour reconnut à des titres le caractère d'action parce que :

- ils étaient de *parts égales*.
- ils avaient chacun *un numéro et une individualité distincts*.
- ils étaient *transmissibles au moyen d'un transfert*.

Si l'on ajoute le fait que le capital a été souscrit avec *appel au public* et que la société a pu *se maintenir malgré le décès des associés*, nous aurons passé en revue les caractères que retient la Jurisprudence pour motiver ses arrêts et pour établir le critérium de l'action.

Il est superflu de souligner que chacun d'eux, con-

(6) Ch. Civ., 10 août 1887. S., 1889, 1, 33.

(7) Ch. Civ., 27 mars 1878. S., 1878, 1, 277.

sidéré isolément, ne peut avoir aucune influence sur la décision des tribunaux.

— S'il est pratique d'avoir dans une société des coupures de *valeurs égales*, ce qui facilite le classement et la circulation, le paiement des dividendes et le calcul des voix dans les assemblées, il est fréquent, surtout après une augmentation de capital, d'avoir des catégories d'action de valeur nominale différente.

— *L'individualisation des parts sociales* dans des certificats nominatifs ou au porteur est une faculté qu'offrent les art. 35 et 36 du Code de Commerce. « L'action peut être établie.... » Ils n'imposent aucune obligation. D'ailleurs la part d'intérêt, ne peut-elle pas être représentée par un titre distinct de l'acte de société ?

— *Le mode de transmission* est lui-même indifférent. Si les formalités du Code de Commerce (transfert, endos, tradition) sont plus répandues parce que plus commodes, ce ne sont pas des moyens exclusifs et la cession de l'art. 1690 du C. C. est toujours possible pour une action. L'arrêt de la Chambre Civile de 1887 l'a formellement reconnu.

— Quand *au mode de souscription du capital* ⁽⁸⁾, il n'est pas douteux qu'un appel au public manifeste chez les fondateurs le désir de grouper des capitaux, sans se soucier de la personnalité des actionnaires. Cette considération a son poids, mais n'arrive-t-il pas qu'une société par intérêt se crée à la suite d'une publicité

(8) Cet élément a été retenu par la Chambre Civile dans un arrêt du 22 février 1892. S., 1893, 1, 50.

discrète et qu'une société par actions se fonde dans un cercle d'amis ?

— *La continuation de la société après décès, enfin,* ne peut être qu'un argument très faible, étant prévue par l'art. 1969 du C. C. pour les sociétés de personnes.

Ainsi, nous le voyons, il n'existe pas pour la Jurisprudence de critérium unique de l'action, mais un critérium synthétique. C'est « une réunion de plusieurs caractères qui, pris isolément peuvent être considérés comme insuffisants, et qui, au contraire, groupés et rapprochés, impriment à la société sa physionomie propre et mettent en lumière l'intention véritable des parties contractantes » ⁽⁹⁾.

B. — L'AGRÈMENT DANS LA SOCIÉTÉ ANONYME.

Distinguer les deux commandites d'après l'intuitu personæ, en faire découler les règles concernant le fonctionnement de la société, c'est, selon Vivante, une distinction « plus brillante que solide » et nous avons montré ce qu'elle avait de critiquable. Constatons, seulement, à quel résultat conduirait la généralisation du raisonnement suivi par la Jurisprudence.

Si la Cour de Cassation, esclave de la logique, traitait les sociétés anonymes comme les commandites, elle devrait rechercher l'intention des fondateurs. Apparaît-il qu'ils ont voulu grouper seulement des capitaux, les clauses restrictives seraient valables et la

(9) PIC, « Critérium légal de la distinction de l'intérêt et de l'action ». *Annales de Droit commercial*, 1910, p. 453.

société ne serait pas changée. Si l'élément personnel a été pris, au contraire, en considération, l'agrément tendrait à rendre la société, « société de personnes ». Or c'est impossible à admettre, car les parties ne peuvent créer un type qui n'a pas été prévu par le législateur. Les travaux préparatoires à la loi de 1867 le prouvent assez.

Depuis la loi du 7 mars 1925 il existe une société qui équivaut à peu près à la société anonyme par intérêt, et dans laquelle l'agrément est obligatoire pour toutes les transmissions de droits. C'est la société à responsabilité limitée. Mais on ne peut lui assimiler une société anonyme qui aurait inséré des clauses restrictives dans ses statuts. Elle exige en effet, pour sa formation des formalités très particulières, qui, en dehors d'elle ne sont jamais remplies. Ne pouvant rester « société de capitaux », ne pouvant devenir « société de personnes », notre société devrait être déclarée nulle. Ce raisonnement rigoureux aurait conduit à des conséquences déplorables, aussi la Cour de Cassation ne l'a-t-elle pas suivi.

Sans doute, les divers éléments que nous avons énumérés (égalité de parts, individualisation des titres, etc...), lui servent-ils encore pour caractériser l'action dans une société anonyme, mais elle ne recherche pas l'intention des associés. Elle admet simplement que : « la cessibilité des actions peut être valablement soumise à certaines restrictions », et que la clause d'agrément « n'est pas contraire à l'essence des sociétés anonymes ordinaires » ⁽¹⁰⁾.

(10) Requêtes, 29 octobre 1902. *D.*, 1904, 1, 49 ; *S.*, 1905, 1, 89.

Il y a même une décision du Tribunal de Nice, du 15 septembre 1899, dont un des attendus est quelque peu déconcertant.

« Attendu... qu'aucun article de loi n'empêche les statuts d'une société de subordonner la cession des actions à certaines autorisations, soit de l'assemblée générale, soit du Conseil d'administration.... *qu'il doit en être d'autant plus ainsi quand cette société, comme dans le cas actuel, est, non seulement un groupement de fonds mais une association de personnes dont la considération est de la plus haute importance pour l'existence et le fonctionnement de la société.* »

Ainsi donc, le même élément qui, dans un cas (commandite), rend les clauses restrictives incompatibles avec la notion d'actions, devient dans un autre (société anonyme) un argument qui permet de valider ces mêmes clauses. Il y a lieu de noter que la Chambre des Requêtes, à qui l'affaire a été soumise, n'a pas repris le motif que nous venons de reproduire.

Tant que la clause ne fera que restreindre la cessibilité, elle sera valable ; si elle constitue un obstacle à l'aliénation elle sera nulle. C'est, au fond, le résultat auquel nous avons abouti en étudiant le fondement de la cessibilité. Mais la clause nulle n'atteindra pas la société, elle n'est, en effet, que l'accessoire du pacte social, « la clause impulsive et déterminante » étant l'objet même de la société. La clause est annulée, la société demeure. Pour la commandite, au contraire, c'est la clause qui demeure, la société devenant une commandite simple.



Alors que, dans la société anonyme, l'actionnaire jouit d'une protection réelle, il n'en possède aucune dans la commandite. Dans ce dernier cas, le seul risque qu'il court, devant les Tribunaux, c'est de voir ses droits frappés d'une inaccessibilité totale. Sa situation ne sera jamais adoucie, elle peut être seulement aggravée.

De toutes façons, chaque litige est résolu comme une question d'espèce. Ce sont des éléments de fait qui permettront l'appréciation du juge et qui motiveront sa décision. Et cela explique le manque d'unité qui existe dans la Jurisprudence. Tandis que les Cours d'Appel et avec elles la Cour de Cassation se sont montrées très larges, les Tribunaux de Commerce ont fait preuve, parfois, d'une sévérité extrême.

SECTION III

Les limites à l'exercice de la clause d'agrément

Cette question est double. Elle comprend :

- a) L'étude des conditions de validité de la clause.
- b) L'étude de son domaine d'application.

A. — LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA CLAUSE D'AGRÉMENT.

Il ne suffit pas de dire que cette clause est valable car elle est réservée à titre exceptionnel pour écarter des personnes peu recommandables ou gênantes. Rien ne garantit l'usage exceptionnel qui en sera fait, si l'on ne fixe pas des limites à son exercice.

Si l'on permettait à la société de s'opposer à un transfert sans justifier sa décision, elle jouirait d'un pouvoir discrétionnaire. Sans doute, dit M. Escarra, « la pratique ne révèle pas d'exemple d'obstruction systématique à l'entrée d'un membre nouveau » et « l'actionnaire cédant aurait mauvaise grâce à ne pas deviner les raisons qui font refuser le cessionnaire qu'il propose » ⁽¹¹⁾.

En admettant que cette opinion soit exacte dans la majorité des cas, il n'en demeure pas moins qu'une grande part d'arbitraire est réservée à la société, et que cet arbitraire pourrait dégénérer en abus. A notre sens doit être proscrite toute clause des statuts permettant à la société d'interdire purement et simplement une cession. *Le refus doit être motivé*. Par cette expression nous n'entendons pas que la société est tenue d'insérer dans ses statuts les raisons qu'elle pourra invoquer éventuellement pour s'opposer à un transfert. La clause d'agrément manquerait son but qui est de fournir à la société une arme contre tout danger imprécis. C'est au moment où les représentants sociaux donnent leur refus qu'ils doivent en faire connaître le motif. « Ainsi le cédant ne s'obstinera pas à présenter des cessionnaires entachés du même vice originel » ⁽¹²⁾.

Encore faut-il que le motif soit sérieux et que l'actionnaire ne soit pas victime de la fantaisie de l'organisme social, aussi, doit-il avoir toujours la garantie

(11) ESCARRA, « Les restrictions conventionnelles de la cessibilité des actions ». *Annales de Droit commercial*, 1911, p. 441.

(12) ESCARRA, *op. cit.*, p. 441.

du contrôle judiciaire : cette protection est indispensable. Pratiquement, le juge, en cas de litige se réserve le droit de statuer sur l'opportunité et sur le bien-fondé de la raison que la société invoque. A titre d'exemple, citons la décision du Tribunal Civil de Cholet du 13 février 1925. « Attendu que l'Assemblée générale a refusé à l'unanimité son agrément à la cession proposée par les demandeurs, *refus parfaitement justifié* par ce fait que les cessionnaires proposés étaient précisément des industriels concurrents des Etablissements Félix Jehier ⁽¹³⁾. »

A cette première condition d'exercice s'en ajoute une autre concernant les *personnes à qui est réservé l'agrément*.

Pour que la cession soit définitive, les statuts font intervenir, tantôt l'assemblée des actionnaires, tantôt l'organisme chargé de la gestion, gérants ou conseil d'administration.

Lorsque les actionnaires sont appelés à statuer, ou bien il faut leur consentement unanime, ou bien, c'est le cas normal, la majorité est simplement requise. De même, quand c'est l'organisme chargé de la gestion qui doit se prononcer, ou bien ce peuvent être tous les membres le composant qui décident, ou bien ce pouvoir est délégué à l'un d'entre eux.

Certains auteurs ont prétendu qu'il fallait distinguer entre ces hypothèses et que seule la nécessité du consentement des gérants ou des administrateurs pouvait être acceptée car c'est leur rôle, disent-ils, d'empêcher

(13) D., 1926, 2, 87.

des spéculateurs de s'emparer de l'affaire. D'autres auteurs admettent l'intervention des associés, mais ils font des réserves pour considérer comme valable leur consentement unanime. Il faudrait, dit M. Escarra ⁽¹⁴⁾, tenir compte du nombre de parts sociales et de leurs titulaires. « Il est plus facile d'obtenir un vote favorable de quelques collègues fortement liés par les mêmes intérêts moraux que d'une assemblée nombreuse, moins unanime et moins cohérente. » Mais cet auteur admet que ce fait puisse être interprété en sens inverse et il cite, à l'appui de cette dernière thèse, un arrêt de la Chambre Civile du 10 août 1887 ⁽¹⁵⁾.

Juridiquement il n'y a pas à établir de différence entre les personnes ou les organismes dont l'agrément est sollicité, pas plus qu'il n'y a lieu de distinguer suivant la façon dont ils exercent leur droit. Comme le fait justement remarquer M. Wahl, « les gérants ou administrateurs sont les mandataires des associés. Ce sont les associés qui, par leur intermédiaire, donnent ou refusent leur consentement ». Et le consentement de la majorité doit être assimilé à celui de l'unanimité, car « la majorité liant la minorité, la situation est la même que si le consentement de tous les associés était nécessaire » ⁽¹⁶⁾.

Cependant la cession semble bien fragile lorsqu'il suffit de l'opposition d'un seul membre pour l'empêcher. Le cédant aura bien la ressource de s'adresser aux Tribunaux et de soumettre à leur appréciation le

(14) *Op. cit.*, p. 439.

(15) *D.*, 1887, 1, 440.

(16) WAHL, *op. cit.*, n° 487, p. 160.

motif qui a été invoqué contre son projet de cession, mais c'est à cette extrémité qu'il sera réduit dans presque tous les cas. Chaque transfert, ou à peu près, risque de lui occasionner les frais et les lenteurs d'une instance judiciaire. En face d'une telle situation la clause exigeant le consentement unanime des actionnaires semble d'une validité contestable : il est préférable de la condamner.

D'ailleurs les statuts ne l'exigent presque jamais. La seule fois où la Cour de Cassation eût à se prononcer sur une clause semblable elle l'a déclarée illicite ⁽¹⁷⁾.

B. — DOMAINE D'APPLICATION DE LA CLAUSE D'AGRÉMENT.

Il va de soi que la Société ne pourrait s'opposer à un transfert intervenant entre actionnaires. Tous ses membres doivent être traités sur un pied d'égalité, aucun ne peut être réputé indésirable et le droit de veto ne se comprend que s'il s'exerce contre un étranger, cette solution a été consacrée par le législateur dans les sociétés à responsabilité limitée.

Mais quelles transmissions peuvent régir ces clauses restrictives ?

Il faut éliminer les *transmissions par décès*. On peut, certes, avoir tous lieux de se méfier d'un successeur, mais l'écarter, c'est créer une situation, sans issue ; les titres deviendraient des biens sans propriétaire,

⁽¹⁷⁾ Ch. des Req., 14 mai 1895. *D.*, 1895, 1, 467 ; *S.*, 1899, 1, 397.

personne ne pouvant présenter de remplaçant au successeur évincé.

Quant aux cessions entre vifs, les seules qui se soient présentées dans la pratique, ce sont les *cessions à titre onéreux*. Vis-à-vis des *donations*, l'agrément peut jouer sans difficulté, de la même façon. Mais s'il s'agit d'une *vente judiciaire* la question est plus délicate, car la vente risque de n'être pas définitive et les actions pourront être soumises plusieurs fois aux enchères. Lorsqu'une société à responsabilité limitée se trouve dans cette situation, l'adjudication est considérée comme frappée d'une condition suspensive et elle est soumise à la clause. Il n'y a pas de raison de ne pas appliquer ce raisonnement aux sociétés de capitaux ordinaires. Pour elles aussi l'agrément peut dominer les ventes judiciaires.

On a fait remarquer que la clause, dérogeant au régime normal des sociétés par actions, devrait être interprétée restrictivement. Les statuts doivent explicitement mentionner les transmissions dont ils veulent restreindre l'exercice. Celles qui n'ont pas été spécifiquement prévues rentrent dans le droit commun; elles s'effectuent librement ⁽¹⁸⁾.

Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 6 août 1907 ⁽¹⁹⁾ est invoqué à l'appui de cette thèse. Mais cet arrêt statuait sur une espèce particulière. Il s'agissait d'une clause ne visant que les souscriptions et que la Cour de Cassation a refusé d'étendre aux transferts. La question n'est pas là. Il faut savoir en réalité si le

(18) Cf. LAGARDE, *op. cit.*

(19) *Journal des Sociétés*, 1908, p. 349.

terme « cession » doit être pris dans un sens large et il semble bien que oui. Les transferts à titre gratuit et à titre onéreux sont assimilés pour les sociétés à responsabilité limitée. D'autre part des clauses restrictives visant des transmissions amiables ont été étendues aux ventes forcées. C'était, il est vrai, d'un droit de préemption qu'il s'agissait, mais le raisonnement du Tribunal s'applique de la même façon à l'agrément pur et simple ⁽²⁰⁾.

Le juge interprète, au fond, l'intention des parties. La société veut contrôler le renouvellement de ses membres. Quelle que soit la façon dont le renouvellement s'opère (vente, donation...), la nécessité du contrôle est la même. Il est, donc, logique d'étendre à toutes les transmissions les effets de la clause. L'interprétation restrictive ne joue que pour les transmissions par décès, mais cette question, on le sait, n'est pas à envisager ici.

SECTION IV

Effet de la clause d'agrément - La novation

Trois arrêts connus de la Cour de Cassation ont décidé que, par le fait de l'acceptation d'un nouvel actionnaire, le cédant n'était plus responsable des versements non encore appelés ⁽²¹⁾.

(20) Cf. *supra*. Le droit de préemption.

(21) Ch. Civ., 19 février 1878. *D.*, 1878, 1, 332.

4 janvier 1888. *D.*, 1888, 1, 37.

20 février 1894. *D.*, 1894, 1, 289.

L'article 3 de la loi de 1867 (rédaction primitive) stipulait que « les souscripteurs primitifs qui ont aliéné les actions et ceux auxquels ils les ont cédées avant le versement de moitié restent tenus au paiement du montant de leurs actions pendant un délai de deux ans ». Cette obligation fut supprimée dans les trois arrêts ci-dessus. La Chambre Civile estima que l'agrément avait opéré novation par changement de débiteur.

Il faut se garder de généraliser et il serait faux de croire que la novation s'opérait dans tous les cas. Elle n'était pas un effet constant de l'agrément. La Cour de Cassation n'a pas établi de règle générale.

Dans les trois espèces que nous avons mentionnées, les premiers juges avaient estimé que la clause n'avait pas été établie pour éloigner certaines personnes indésirables mais en vue de constater la réelle solvabilité du nouvel actionnaire.

Dans l'arrêt de 1894, par exemple le cessionnaire devait être agréé par le Conseil d'administration à moins qu'il ne fournisse pour chaque action, une valeur de 400 francs en fonds publics français, comme garantie des sommes restant à verser (art. 17 des statuts du Crédit Viager). Si, déclara la Cour de Paris, on n'admet pas l'effet libératoire au profit du cédant, l'art. 17 n'a plus de raison d'être, un créancier ayant toujours intérêt à voir augmenter le nombre de ses débiteurs, quelque douteuse que puisse être la solvabilité du nouveau.

En l'espèce, la Cour de Cassation a simplement appliqué l'art. 1273 du C. C. L'intention novatoire

résultait clairement des statuts (attendu que) « l'interprétation des actes et conventions au point de vue de la constatation de la volonté manifeste du créancier d'accepter non pas seulement l'engagement du nouveau débiteur, mais son entière substitution au débiteur primitif est abandonnée à l'appréciation souveraine du juge » ⁽²²⁾.

Cette question ne présente plus, en notre matière qu'un intérêt historique. La novation ne pourrait plus s'opérer, depuis que la loi de 1893 a modifié ainsi l'article 3 de la loi de 1867.

« Les titulaires, les concessionnaires intermédiaires et les souscripteurs sont *tenus solidairement* du montant de l'action. »

Aujourd'hui, le seul effet, de l'agrément est de frapper toute transmission d'une condition suspensive.

(22) Arrêt de 1878.

CHAPITRE III

La clause de préemption

Les statuts qui réservent ce droit à la société s'expriment tous en termes à peu près identiques.

Citons à titre d'exemple, l'article 10 des statuts du *Crédit Lyonnais*.

« La cession projetée ou la mutation desdites actions doit être notifiée au Président du Conseil d'administration par lettre recommandée avec indication des nom, prénoms, qualités et domicile du futur titulaire, de sa nationalité d'origine et de sa nationalité au jour de la notification, ainsi que du prix s'il y a lieu.

« La notification, pour être valable, devra être accompagnée du certificat d'inscription des actions à transmettre ainsi que, s'il y a lieu, de toutes pièces justificatives de la cession ou de la mutation.

« Si le bénéficiaire de la cession ou de la mutation des actions n'est pas agréé, le *Conseil d'administration aura, dans le délai de deux mois de la notification, à procurer un acquéreur qui exercera un droit de préemption.* »

SECTION I

Conditions de validité

La société se réserve en somme le choix du cessionnaire. Qu'elle accepte celui qui lui est proposé ou bien qu'elle l'écarte et qu'elle lui en substitue un autre, peu importe, l'actionnaire ne sera jamais le prisonnier de son groupement. Il pourra toujours transmettre ses titres, seul est restreint le cercle des acquéreurs éventuels. La préemption est, donc, en principe, valable.

Pour que ce raisonnement soit juste, la plupart des auteurs affirment avec les Tribunaux qu'elle doit être exercée à titre obligatoire. Sans cela la société jouit vis-à-vis de ses membres d'un pouvoir exorbitant. Son inertie peut rendre en fait les titres inaliénables. Une telle situation est prohibée.

Est-ce à dire qu'il faille déclarer forcément nulle toute disposition prévoyant un droit de préemption facultatif ? Il ne le semble pas. A notre sens il faudrait distinguer. Si la société évince l'acquéreur qui lui est proposé et qu'elle n'exerce pas son droit de préemption, la clause litigieuse joue comme une clause d'agrément pure et simple ; elle devrait être analysée comme telle. Quand le refus est motivé, elle serait donc, valable : c'est la conséquence logique de la solution de la Jurisprudence en matière de clauses d'agrément.

Mais il est nécessaire que la société prenne parti. Ce qui est condamnable, c'est son silence. L'actionnaire ne peut attendre indéfiniment qu'une solution

intervienne. La société doit se prononcer dans un *délai raisonnable*. C'est la première condition qu'impose la Jurisprudence pour la validité des clauses de préemption.

Il y en a une autre essentielle concernant le *prix*.

A. — DÉLAI D'EXERCICE DE LA PRÉEMPTION.

Nous venons de signaler le danger que courrait l'actionnaire si la société avait un temps illimité ou très long pour se prononcer sur la cession. Ce danger est tellement évident que tous les statuts, aujourd'hui, fixent une période ne dépassant pas généralement deux mois, dans laquelle doit intervenir la décision à prendre. Passée cette limite, le silence de la société équivaut à l'autorisation du transfert. Ce « *délai raisonnable* » doit donner à la société le temps de prendre parti sur le transfert projeté et lui permettre de trouver au besoin un nouvel acquéreur ⁽¹⁾.

Dans une espèce qui s'est présentée devant la Cour de Paris le 21 mars 1921 ⁽²⁾, un droit de préférence était réservé aux actionnaires et ils avaient vingt jours pour l'exercer. L'un d'entre eux exprima son intention de quitter la société pendant une assemblée, tous ses collègues étant réunis. La Cour décida qu'en pareil cas l'associé désireux d'exercer son droit de préférence devait le faire séance tenante et le délai de vingt jours qui lui était normalement imparti devenait de ce fait inapplicable. Il y a là une exagération manifeste. Dans

(1) Ch. des Req., 13 mars 1882. S., 1883, 1, 327.

(2) *Journal des Sociétés*, 1922, p. 28.

l'espèce les bénéficiaires de la préemption étaient seulement prévenus du projet de transfert mais il eut été normal de leur laisser le temps de réfléchir avant d'user de leurs droits ; les vingt jours prévus par les statuts auraient dû leur être accordés.

Quoi qu'il en soit, cette décision, bien que mal fondée, prouve assez la sévérité des tribunaux sur la question du délai. Si celui-ci était manifestement trop long, la Cour de Cassation considérerait que la clause fait obstacle à la circulation des titres et elle l'annulerait.

Mais supposons qu'il n'y en ait pas eu de fixé, il n'est pas sûr que la disposition soit annulée. Peut-être les tribunaux s'attacheraient-ils à l'exécution et si, en fait, la préemption est intervenue dans un temps raisonnable elle serait validée. A l'inverse, des dommages-intérêts seraient dus à l'actionnaire pour réparation du préjudice. Cette question, en tout cas, ne s'est jamais posée, les fondateurs ayant la sagesse de s'entourer de toutes les garanties lors de la confection des statuts.

B. — TAUX DE LA PRÉEMPTION.

La seconde condition de validité la plus importante, concerne le taux auquel sera exercé la préemption.

Il ne saurait être question de payer à l'actionnaire la somme qui a pu lui être offerte par l'acquéreur évincé. C'est ainsi que s'exerce le retrait et de la similitude apparente des situations on serait tenté de conclure à des conditions d'exercice identiques. Mais entre la préemption et le retrait, il existe une différence fon-

damentale. Le retrait suppose qu'une cession a été valablement opérée. Le cessionnaire, devenu propriétaire légitime, est exproprié. Le retrayant prend sa place et se subroge dans ses droits. Il est normal qu'il lui paye les débours effectués. Avec la préemption il n'y a plus substitution d'un nouvel acquéreur à un acquéreur primitif. Nous sommes en présence de deux contrats indépendants. L'effet du premier fait obstacle à la conclusion du second. La préemption empêche le transfert de se réaliser et s'exerce indépendamment de lui. Il n'y a aucun rapport entre la somme que devra verser la société à l'actionnaire et celle qui aura pu être offerte à ce dernier.

Quel sera alors le taux de préemption ? Si les titres sont introduits en Bourse, il n'y a pas de difficulté. Ce pourra être le cours actuel ou la moyenne des cours pendant une certaine période, mais il est rare de voir cotées des actions dont le transfert est soumis à des clauses restrictives. Il va donc falloir déterminer un prix que la société imposera au cédant. Les statuts donnent pouvoir soit à l'assemblée soit, suivant le cas, aux gérants ou au Conseil d'administration, pour fixer, chaque année, ce prix.

Tout de suite, apparaît le danger de cette situation. Un prix dérisoirement bas aboutit à spolier l'actionnaire ou à rendre, de fait, ses titres incessibles. Aussi les tribunaux le protègent-ils contre tout arbitraire. La société n'a pas une liberté complète.

Le prix doit être fixé préalablement à toute cession, c'est la première garantie du cédant. Il y a des chances pour que cette détermination soit plus équitable, lors-

qu'elle intervient à un moment où aucun intérêt immédiat n'est en jeu.

La Chambre des Requêtes, dans un arrêt du 14 mai 1895 ⁽³⁾, exige que « les conditions de prix soient fixées d'avance ».

L'évaluation, c'est la deuxième garantie, doit « procéder d'une base forfaitaire impartiale ».

Ces précautions ont, en somme, pour but de rendre le taux de préemption aussi voisin que possible de la « valeur réelle et réalisable » des titres. Mais elles laissent une grande liberté dans le choix des moyens. Il en résulte que l'on peut songer à plusieurs prix.

Celui qui, a priori, semble soulever le moins de difficulté, c'est celui qui résulterait d'une *expertise*. Lorsqu'aux termes de l'art, 1592 C. C., les parties se sont entendues sur le choix d'un expert c'est le mode qui prête le moins aux soupçons. Il n'est pourtant pas employé, car il peut offrir un inconvénient pratique. Pour certains auteurs l'arbitre devrait être désigné lors de la convention, c'est-à-dire au moment de la confection des statuts et la clause est appelée à régir des transmissions qui interviendront, peut-être, dans un avenir éloigné.

On pourrait penser aussi à l'*adjudication devant notaire*. L'adjudication est un exemple typique de la loi de l'offre et de la demande. Certaines sociétés l'ont prévue, mais cette méthode n'est pas toujours possible et elle peut être dangereuse. L'adjudication est ouverte à des personnes agréées par la société. Il faut, donc,

(3) D., 1895, 1, 467.
S., 1899, 1, 397.

que les statuts aient déterminé certaines qualités pour les actionnaires. S'ils ne l'ont pas fait qui pourra se porter adjudicataire ? S'ils l'ont fait il faut que les personnes admises soient assez nombreuses, sans cela les collusions sont à redouter. Cette méthode n'est donc pas très recommandable. En tout cas elle ne peut être employée que par une société importante.

Le procédé le plus communément adopté consiste à *fixer le prix de préemption d'après la capitalisation des dividendes* — soit du dividende de la dernière année, soit de la moyenne des dividendes distribués pendant une période antérieure. Généralement les statuts prévoient le taux de capitalisation (5 % au denier 20 par exemple). Etant donné les variations de l'intérêt, il serait préférable pour l'actionnaire de déclarer que ce taux sera par exemple de 1 ou 2 points supérieur au loyer de l'argent au moment où s'opère la cession. Ce mode de fixation de prix d'après les bénéfices distribués est simple et la Jurisprudence l'admet, mais il n'est pas, remarquons-le, strictement exact, car une action ne tient pas sa valeur uniquement des dividendes servis, mais aussi de la sécurité du capital et des perspectives d'avenir de l'affaire. Les titres d'une société qui met en réserve tous les profits d'un exercice ont une valeur certaine. Elle est nulle d'après notre système, et c'est là son défaut.

En prévision de ce cas, les statuts fixent un taux minimum de préemption correspondant généralement à la *valeur nominale des titres*. Celle-ci n'est jamais prévue qu'à titre accessoire, le capital d'une société qui fonctionne depuis longtemps étant sans rapport

avec l'actif réel de l'affaire et n'exprimant pas sa capacité de production. Elle n'offre donc un intérêt que lorsqu'une société ne distribue pas de dividende, pendant les premiers exercices par exemple.

La valeur qui serait, dans ce cas, beaucoup plus exacte serait la *valeur liquidative*. Elle aurait sur la précédente le gros avantage de pouvoir être toujours utilisée. Elle correspond à l'actif net de l'affaire. Pratiquement on l'obtient en retranchant des sommes figurant à l'actif du bilan, les postes du passif représentant les dettes véritables. C'est la valeur de réalisation. Son défaut c'est qu'elle est théorique et qu'elle ne peut tenir compte, ni des plus-values, ni des réserves occultes. Néanmoins elle a le mérite d'être établie impartialement et il est curieux de constater que jamais on ne la voit figurer dans les statuts.

Signalons enfin que certaines sociétés, possédant deux catégories de titres, dont une seule est soumise aux clauses restrictives, déterminent la valeur de ces derniers d'après la valeur des actions dont le transfert est libre. Celles-ci étant presque toujours cotées, l'arbitraire n'est plus à craindre.

SECTION II

Domaine d'application de la clause

Deux questions doivent être envisagées :

a) Au profit de qui peut être réservé le droit de préemption ?

b) Quelles transmissions peut-il régir ?

A. — AU PROFIT DE QUI LE DROIT DE PRÉEMPTION PEUT-IL ÊTRE RÉSERVÉ ?

Parfois, il l'est *au profit des gérants et des administrateurs*. Quelquefois il l'est aussi au profit de *tiers* qui ont manifesté le désir de rentrer dans la société. Celle-ci est libre d'admettre qui il lui plaît. Elle ne peut être inquiétée dans son choix. Sans doute un arrêt de la Cour de Douai ⁽⁴⁾ a-t-il déclaré que la préemption réservée aux associés manifestait l'importance de l'élément personnel. En conséquence les titres sont des parts d'intérêts et la société est une commandite simple. Mais cette décision est isolée et l'on ne trouve aucun exemple semblable dans la Jurisprudence de la Cour de Cassation.

La seule hypothèse qui mérite d'être examinée est celle où le *droit de préemption est réservé à la société*. Celle-ci rachète ses propres titres, aucun texte de loi ne le lui interdit, une telle pratique est légitime, mais sous deux réserves :

1° Elle doit respecter l'égalité entre les actionnaires. Le rachat des actions ne peut avoir lieu que dans l'intérêt de la société ou de l'ensemble de ses membres, sans que cette opération puisse favoriser certains d'entre eux au détriment des autres.

« L'opération du rachat est licite, à condition qu'elle ne porte pas atteinte au principe de l'égalité qui doit régner entre tous les actionnaires et ne constitue pas

(4) Trib. de Com. de Douai, 11 juillet 1889. *Journal des Sociétés*, 1890, p. 93.

un privilège au profit de quelques-uns au détriment des autres ⁽⁵⁾. »

2° Elle ne doit pas aboutir à diminuer le capital social. Un rachat d'actions ne peut donc s'opérer qu'au moyen de réserves statutaires ou facultatives. La réserve légale étant un prolongement du capital, est, comme lui, affectée aux créanciers sociaux. Ce principe a trouvé son application dans une affaire célèbre (Commandant Hériot contre Louvre) ⁽⁶⁾ et plus récemment dans un arrêt de la Chambre Civile du 15 mai 1927 ⁽⁷⁾.

Les statuts des Fonderies de Saint-Chamond disposaient que « dans le cas où le Conseil d'administration n'agréerait pas le cessionnaire proposé, le dit Conseil sera tenu, dans le délai d'un mois à compter de la demande du transfert, de faire racheter les actions dont le transfert sera demandé, par toutes personnes ou sociétés qu'il lui plaira de désigner ».

Un associé, ayant trouvé un acquéreur pour ses titres, demanda au Conseil son agrément. Celui-ci le refusa mais il lui fut impossible de trouver un nouveau cessionnaire et d'exercer ainsi le droit de préemption. La société fut assignée à l'effet de s'entendre condamner, soit à effectuer le retrait par elle-même, soit à faire racheter les actions par un tiers. Elle fit valoir que, ne disposant d'aucune réserve, ni d'aucun bénéfice, le rachat s'effectuait fatalement par prélèvement sur le

(5) Cour de Paris, 20 février 1904. *Journal des Sociétés*, 1904, p. 213.

Voir sur ce point thèse MOULIN, « Le rachat par une société de ses propres titres ». Paris, 1931, p. 27 et sq.

(6) Tribunal de Commerce de la Seine, 9 avril 1894. *Journal des Sociétés*, 1895, p. 224.

(7) *S.*, 1927, 1, 209.

capital. Cet argument ne fut pas retenu par les Juges du fait. La Cour d'Appel de Lyon confirma la décision du Tribunal de Commerce condamnant la Société à payer à l'actionnaire la valeur des titres contre leur remise.

Cet arrêt fut cassé par la Chambre Civile dont nous reproduisons l'attendu essentiel.

« Attendu qu'en astreignant ainsi la Société à *accomplir un acte qui devait être tenu pour illicite, faute d'avoir démontré que le prélèvement de la somme nécessaire n'entraînait pas une diminution du capital*, l'arrêt attaqué a violé le texte de loi susvisé... »

La Cour de Cassation consacre une fois de plus le principe de l'intégrité du capital. Celui-ci ne peut être réduit que pour une raison sérieuse, et, dans ce cas, il faut s'entourer de conditions de publicité. D'autre part, le rachat des actions par la collectivité émettrice est présumé suspect. Il ne peut être accepté que si la partie qui l'exige démontre l'existence de bénéfices ou de réserves facultatives.

Cependant, si le demandeur s'était placé sur un autre terrain, il est probable qu'il n'aurait pas été débouté. La société s'était engagée par les statuts à procurer le remplaçant de tout cessionnaire qu'elle pourrait écarter. Elle s'oppose, effectivement, à un projet de cession : son engagement demeure, c'est un convention de porte-fort. Aucune ratification n'étant intervenue, l'actionnaire a subi, de ce fait, un préjudice, dont il peut exiger la réparation. Si, au lieu du rachat de ses titres par la société, il avait demandé des dommages-intérêts, il les aurait obtenus, même de la Chambre Civile.

Sans doute, la condamnation aurait pu entraîner un prélèvement sur les fonds sociaux, mais il ne faut pas voir là « un moyen licite de tourner une prohibition légale » ⁽⁸⁾. Ce qui constitue l'acte interdit, ce n'est pas le prélèvement en lui-même, c'est la cause de ce prélèvement, en l'espèce le rachat des titres au moyen du capital. Par contre la société est tenue sur tous ses biens de réparer ses fautes et le principe de fixité du capital ne saurait la libérer de cette obligation.

En résumé une société peut, dans ses statuts, se réserver un droit de préemption. Ce droit ne pourra s'exercer que si elle dispose de réserves ou de bénéfices suffisants. Dans le cas où elle s'oppose à un transfert, si elle est incapable de trouver un acquéreur dans le délai qui lui est imparti, ou si elle ne peut racheter les actions pour son compte, l'actionnaire cédant est en droit de réclamer des dommages-intérêts pour le préjudice qu'il a subi.

B. — QUELLES TRANSMISSIONS LA CLAUSE DE PRÉEMPTION PEUT-ELLE RÉGIR ?

De même que la clause d'agrément, le droit de préemption peut régir les *actes à titre gratuit* et les *ventes par adjudications*, comme les *transferts à titre onéreux*.

La faculté de reprise que les statuts accordent aux actionnaires en cas de transmission amiable est, même étendue automatiquement aux cas de vente forcée ⁽⁹⁾.

(8) LAGARDE, *op. cit.*

(9) Trib. Civ. Douai, 11 mai 1906, confirmé par Cour d'appel. D., 1909, 2, 76.

Il y a plus de danger, en effet, d'admettre sans contrôle un adjudicataire qu'un cessionnaire ordinaire qui a été au moins, choisi par le cédant.

De la même façon, la clause serait appliquée aux *donations* sans qu'il y ait de difficulté. Quant aux *transmissions par décès*, elles peuvent être, elles aussi, soumises au droit de préemption. En cas de refus de l'héritier ou du légataire, la situation n'est plus celle que crée l'agrément pur et simple. Les titres repris dans la succession seront remplacés par du numéraire.

Il est certain que la clause peut être gênante si le taux de reprise est inférieur à l'évaluation qu'a faite le de cujus. La masse partageable risque d'être réduite. Il pourrait, même, y avoir un recours exercé par l'attributaire des actions contre ses copartageants, dans le cas où sa part serait diminuée de plus du quart. Mais ces inconvénients ne peuvent être un obstacle à l'exercice de la clause. Les héritiers doivent se soumettre à la volonté de leur auteur ; ils ne sauraient avoir plus de droit que lui.

Il y a dans la pratique des exemples de transmission s'appliquant même aux héritiers en ligne directe. (Société Centrale des Banques de Province.)

Les transmissions par décès doivent avoir été prévues expressément pour être soumises au droit de préemption ⁽¹⁰⁾. Comme le fait remarquer M. Escarra ⁽¹¹⁾, le terme cession a un sens précis, les mots cédant et du cujus jurent ensemble et l'on ne peut assimiler la

(10) Trib. de Commerce de la Seine, 24 mars 1902. *Journal des Sociétés*, 1903, p. 88.

(11) ESCARRA, *op. cit.*, p. 451.

dévolution successorale à un transfert entre vifs. A ce point de vue, la clause de préemption donne lieu à une interprétation restrictive. Mais on le voit, son domaine est beaucoup plus étendu que celui de l'agrément.

SECTION III

Sanctions de la clause de préemption

Aucun des systèmes que nous avons examinés ne donne une satisfaction complète. Il peut arriver avec chacun d'eux que le taux de préemption soit manifestement trop bas et que le cédant subisse un préjudice.

Un arrêt du Tribunal de Commerce de la Seine du 9 avril 1894 ⁽¹²⁾ avait annulé une clause litigieuse, sous prétexte que le prix fixé pouvait être inférieur à la valeur « réelle et réalisable des titres ».

Comme ce danger est permanent, il faudrait pour cette raison annuler toutes les clauses. La sévérité de l'arrêt est excessive ; tout au moins doit-on prouver que l'actionnaire a subi un dommage et si la preuve est faite, la question se pose ainsi : *La société doit-elle réparation ?* Le Tribunal de Commerce de la Seine a répondu par l'affirmative dans un jugement du 28 avril 1928 ⁽¹³⁾.

Dans l'espèce, le taux de reprise des actions avait été fixé par l'assemblée générale annuelle à 400 francs.

(12) *Journal des Sociétés*, 1895, p. 224.

(13) *S.*, 1931, 2, 169.

D'après des transactions récemment effectuées, la valeur réelle des titres avait pu être établie avec certitude, elle était comprise entre 750 et 800 francs. Un actionnaire, contre qui fut exercée la préemption, estima qu'il avait subi un dommage et il en demanda la réparation. Sa demande fut acceptée.

Le Tribunal estima qu'en fixant un prix de 400 francs la société avait agi dans un but fiscal et cela constituait de ce fait un abus. En conséquence, elle fut condamnée à reprendre les titres pour un prix total arbitré par le Tribunal à la valeur marchande actuelle et comprenant :

a) à titre de prix contractuel la somme fixée par l'Assemblée générale.

b) à titre de dommages-intérêts le complément du prix.

Devant la Cour d'Appel, ce fut au contraire la société qui obtint gain de cause. Dans un arrêt du 2 juillet 1930 ⁽¹⁴⁾, la Cour reconnut que l'Assemblée avait « obéi surtout à des préoccupations d'ordre fiscal, plutôt qu'au souci de reconnaître à ses titres la valeur que leur conférait la situation active et passive de l'entreprise ». Mais « attendu qu'il n'y a rien d'allégué contre la régularité en la forme de la délibération ; que Lesne (l'actionnaire cédant) qui, d'ailleurs a été représenté à l'assemblée générale et a voté la résolution, n'offre pas de preuve et n'articule pas que le vote ait été déterminé ni influencé par des renseignements inexacts ou des manœuvres quelconques, (que) cette délibération obli-

(14) S., 1931, 2, 169.

(15) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, n°s 1-2, 1931.

ge donc Lesne comme tous les autres actionnaires et (qu') il n'appartient pas aux juges d'en méconnaître ou paralyser les effets ». « Le Conseil d'administration n'a commis aucune faute ».

Il y a, dans cet arrêt, deux arguments à retenir. Le premier est tiré du fait que l'actionnaire a voté le prix de préemption, mais ce n'a été pour la Cour qu'une considération accessoire.

Le second, le seul qui nous intéresse, est qu'il n'y a pas eu faute, pas plus de l'assemblée qui a fixé le taux que du Conseil qui l'a imposé.

Quelle est des deux conceptions juridiques différentes, qui se sont manifestées aux deux degrés de juridiction, celle qui paraît la mieux fondée ?

On ne peut pas dire qu'il y ait eu une faute quelconque, et c'est avec raison que la Cour d'Appel a repoussé cette idée. Le Conseil d'administration s'est contenté d'exécuter la décision de l'assemblée. Contre celle-ci on ne peut relever aucun acte délictueux, aucune négligence, aucune imprudence, elle a seulement exercé un droit que lui conféraient les statuts.

Peut-on prétendre qu'il y a eu empiètement excessif d'une des parties sur les droits de l'autre ?

C'est ce qu'affirme M. Demontes. Cet auteur constate les difficultés qu'il y a d'appliquer l'abus du droit en matière contractuelle car, dit-il :

« Les droits d'origine contractuelle sont limités dans leur contenu et dans leur but par l'accord des parties qui leur a donné naissance...

« Cependant quand il ne s'agit pas de limiter uniquement le contenu d'une obligation mais d'éviter un

empiètement excessif d'une des parties sur les droits de l'autre, peut-être pourrait-on admettre la notion d'abus. »

« On ne peut sans abus laisser à l'arbitraire du vendeur la détermination du prix de vente, ni en sens inverse, à l'arbitraire de l'acheteur la détermination du prix d'achat. »

Remarquons-le, les termes employés « *empiètement excessif* » signifient, au fond, que la société est sortie des limites de son droit. On revient alors, à la notion de faute et, à proprement parler, l'expression « abus du droit » entendue dans ce sens est inexacte. Mais, lorsque M. Demontes parle de la *détermination arbitraire du prix*, il commet une erreur. Si cet arbitraire existait réellement, la clause de préemption toute entière serait annulée, faute d'avoir prévu des « bases forfaitaires impartiales ».

N'est-il pas possible de dire, alors, que sans sortir des limites de son droit la société a détourné la clause de son but, et qu'elle s'en est servie pour nuire aux actionnaires ? Ce serait l'analogue du *détournement de pouvoirs* en matière administrative et l'on serait vraiment dans le domaine de l'abus du droit. Il faudrait dans ce cas prouver l'intention dolosive et malgré les difficultés que signale M. Demontes sur l'extension de l'abus en matière contractuelle, il n'y aurait pas de raison de ne pas l'appliquer. Mais, dans notre espèce, aucune manœuvre dirigée contre les actionnaires n'a été relevée. L'assemblée, en fixant le taux de préemption à un niveau aussi bas a été mue par des préoccupations fiscales.

Ce fait, ne prouve-t-il pas que si la Société n'a pas été poussée par une intention nuisible, elle n'a pas agi tout au moins pour des fins légitimes ? Dès lors, sa responsabilité ne serait-elle pas engagée ⁽¹⁶⁾ ?

Du point de vue moral cette conception est séduisante. Le Juge apprécierait si l'auteur de l'acte poursuivait un but utile et raisonnable. La théorie de l'abus du droit s'assurerait, ainsi, « un avenir indéfini et une perpétuelle opportunité » ⁽¹⁷⁾.

Voici comment, dans notre cas, la question se poserait. Il faut admettre, bien entendu, l'existence de « bases forfaitaires impartiales », le taux de préemption correspondant, par exemple, à une capitalisation des dividendes. Ceci établi, l'assemblée doit fixer pour les actions un prix se rapprochant, autant que possible, de leur valeur marchande réelle. Or, si le prix qu'elle a établi est au-dessous de cette valeur, c'est parce qu'elle a fait apparaître dans son bilan un bénéfice net distribuable trop faible. S'il existe à cela un motif illégitime il vicierait l'acte accompli.

Le rôle dévolu au tribunal serait d'apprécier l'intention qui a animé tous les actes des dirigeants dans la confection du bilan. Il devrait par exemple déterminer à quel but obéissent les administrateurs en constituant des réserves. C'est là une estimation bien délicate, elle offre même le danger d'un contrôle arbitraire. Une

(16) Cf. BARTIN, note dans AUBRY et RAUT, 5^e édit., t. 6, p. 340. « Aucun droit n'est absolu. L'exercice d'un droit quelconque peut devenir illégitime, lorsque les actes constitutifs de cet exercice ne répondent plus à l'intérêt en vue duquel le droit a été reconnu par la loi, quel que soit, d'ailleurs, le mobile, maillicieux ou non, qui les explique. »

(17) JOSSEMAND, *De l'abus des droits*, 1905, p. 84.

telle conception correspond, « à un degré supérieur de la moralité publique ».

« Pour que ce degré supérieur puisse être atteint sans compromettre la sécurité dans l'action que doit conférer le droit, il faut attendre que la technique juridique dégage les règles permettant d'apprécier les fins poursuivies dans l'exercice des droits ⁽¹⁸⁾. » Il est donc normal que les tribunaux hésitent à s'engager dans cette voie et l'arrêt de la Cour d'Appel nous semble bien fondé.

Nous avons laissé de côté les critiques qui lui ont été adressées par M. Rousseau dans la note qu'il lui consacre — au Sirey —. Il parle de pouvoir arbitraire de l'assemblée, d'augmentation des engagements de l'actionnaire aboutissant à le priver de ses droits sociaux. Si ces critiques étaient justes, c'est la clause de préemption qui ne serait pas valable. Toutes les conditions imposées par son exercice ayant été respectée, l'attaque de M. Rousseau ne porte pas. Au surplus il invoque un précédent à l'appui de sa thèse, un arrêt de la Cour de Rouen du 3 janvier 1923 ⁽¹⁹⁾. C'est à tort qu'il le fait, car il s'agissait dans cette affaire de clauses restrictives introduites par une assemblée et le problème est tout différent.

Au fond, l'actionnaire court toujours un risque. Le droit de préemption peut, c'est incontestable, lui occasionner un préjudice, mais, pour avoir quelque titre

(18) RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1925, p. 174.

(19) Cité sous Req., 2 janvier 1924. S., 1924, 1, 225.

à réparation, il doit prouver que ce préjudice lui est causé volontairement.

Du côté de la société, il faut une fixation de prix impartiale. Cette condition étant réalisée, l'adage « *Neminem loedit qui suo jure utitur* » prend toute sa force. Autant les tribunaux sont sévères, lorsqu'il s'agit de la validité même de la clause, autant lorsqu'elle n'est pas discutable, ils se refusent à en paralyser les effets. Sa position est, donc, en Jurisprudence, très solidement établie.

SECTION IV

La clause de préemption dans les Sociétés à responsabilité limitée

La doctrine hésite à admettre le droit de préemption dans les sociétés à responsabilité limitée. Le projet de loi de 1925 l'avait envisagé, mais il fut supprimé dans les travaux préparatoires, sous le prétexte qu'une société ne pouvait racheter ses propres actions ⁽²⁰⁾.

Il n'y a pas lieu d'insister sur l'infirmité d'un tel raisonnement. Seule est interdite la réduction occulte du capital. Aucune loi, aucun principe n'interdisent son amortissement, qui est même d'une pratique courante. Dans ce cas, la société ne doit pas spéculer sur ses titres et pour cela elle ne peut les garder dans son

(20) Cf. *Rapport Manceau*, cité par MM. Pic et Baratin, « De la part sociale dans la société à responsabilité limitée ». *Revue des Sociétés*, 1926, p. 129.

portefeuille. D'autre part, le droit de préemption ne l'oblige pas fatalement à effectuer elle-même le rachat.

Le motif invoqué fut cependant admis et l'article 22 de la loi de 1925 stipule que :

« Les parts sociales *ne peuvent* être cédées à des tiers étrangers à la société *qu'avec* le consentement de la majorité des associés représentant *au moins* les trois quarts du capital social. »

L'esprit de la loi est opposé à la clause, mais comme cette hostilité repose sur une erreur, il n'y a pas lieu d'en tenir compte et seul le texte de loi est à considérer. Il n'interdit pas la préemption, celle-ci est donc, valable. Cependant l'article 22 impose des conditions que la volonté ne peut enfreindre. Les termes employés prouvent qu'il est impératif. *Le consentement de la majorité devra toujours être obtenu*. Or, la préemption obligatoire, lorsqu'elle ne peut s'exercer dans les délais prévus, faute d'acquéreur, n'empêche pas le transfert de s'effectuer. Pourtant, la majorité s'y est déclarée hostile.

Une telle situation est contraire à la loi de 1925. Logiquement, seul paraît donc possible, dans la société à responsabilité limitée, le droit de préemption réservé à titre facultatif.

CHAPITRE IV

Les pouvoirs des assemblées d'actionnaires

Des restrictions à la cessibilité des actions peuvent-elles être apportées au cours de la vie de la société par une décision de l'Assemblée des actionnaires ?

Cette question se rattache à une autre beaucoup plus générale : celle des pouvoirs des assemblées en matière de modification aux statuts.

Pendant très longtemps, en l'absence de tout texte légal, on eut recours, pour la résoudre, aux principes généraux qui régissent les sociétés.

Elle est aujourd'hui réglée par deux lois : celle du 13 novembre 1913 et celle du 1^{er} mai 1930.

Dans une première section, nous étudierons le pouvoir des assemblées avant la loi de 1913. Dans une section deuxième, nous exposerons les changements qui ont été apportés par les deux lois de 1913 et de 1930. Enfin une dernière section sera consacrée à l'étude critique de la jurisprudence.

SECTION I

Les pouvoirs des assemblées avant la loi du 22 novembre 1913

A. — EXPOSÉ HISTORIQUE DU PROBLÈME.

Le point de départ de toutes les décisions judiciaires et des premières constructions de la doctrine fût l'analyse de la société comme un contrat. C'est ainsi, d'ailleurs, que la définit le Code Civil dans l'article 1832. C'est donc, parmi les règles qui dominent la matière des conventions que l'on a cherché l'étendue et les limites des pouvoirs des assemblées. Il en est une, fondamentale, que prescrit l'article 1134 du Code Civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites... Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ».

En vertu de ce principe, le contrat primitif auquel les associés ont donné leur adhésion ne peut être altéré par une décision de la majorité des actionnaires. Nul ne peut être obligé malgré lui. Loin de créer une exception à cette règle, les assemblées doivent, au contraire, s'y conformer. Elles se meuvent dans les limites des statuts, sans pouvoir les franchir. Créées pour accomplir les actes de gestion, elles sont tenues de respecter le pacte social. Toute modification à ce pacte doit être consentie par tous les associés pour être opposable à

chacun d'eux. « Il faut l'unanimité pour défaire ce qu'a fait l'unanimité ⁽¹⁾. »

Ce raisonnement fut appliqué dans les décisions judiciaires de cette première période et l'état de la Jurisprudence jusqu'en 1893 peut ainsi se résumer :

a) Lorsque l'acte social ne porte pas autorisation de modifier les statuts, l'assemblée générale peut accomplir seulement des actes de gestion. Toute innovation statutaire lui est interdite.

b) Si, au contraire, il permet certaines modifications, dans ce cercle l'assemblée a pleins pouvoirs.

c) Si les statuts confèrent à l'assemblée un pouvoir général de modification, celui-ci ne peut s'exercer qu'à la condition de *respecter les clauses élémentaires et essentielles de la société*.

Le domaine réservé aux décisions de la majorité était très restreint, tellement, même, qu'il heurtait les besoins de la pratique. Les sociétés sont constituées pour un temps généralement long. Les conditions dans lesquelles elles sont nées changent au cours de leur vie. Les règles bonnes à un moment donné, deviennent périmées et inapplicables au bout d'une certaine période. L'état de choses auquel elles correspondaient s'est modifié. Il importe, pour tout organisme, de suivre l'évolution de la vie économique et de s'adapter aux situations nouvelles qu'elle crée.

« La loi moderne ne doit pas emprisonner les sociétés dans une immutabilité qui entraînerait leur mort

(1) BOURCART, « De l'influence de la loi du 16 novembre 1903 sur les pouvoirs des assemblées générales extraordinaires pour la modification des statuts ». *Journal des Sociétés*, 1912, p. 97.

et si la loi est vague et indécise, l'interprétation doit bien se garder de forger des chaînes que la loi n'impose pas ⁽²⁾. »

Lorsque fut discutée la loi du 24 juillet 1867, le rapporteur, M. Mathieu, affirma qu'elle conférait aux actionnaires le droit absolu de modifier les statuts sociaux. Se plaçant en face de la doctrine consacrée par la Cour de Cassation, le législateur l'aurait condamnée par l'art. 31 de la loi et il aurait, ainsi, décrété l'omnipotence des assemblées.

Les efforts du rapporteur demeurèrent vains. L'article 31 de la loi de 1867 reproduisait textuellement l'article 14 de la loi de 1863, qui ne révélait nullement l'intention du législateur d'opérer un changement quelconque. D'autre part, sa rédaction négative empêcha de reconnaître au profit de l'assemblée un pouvoir absolu d'amendement. Les Tribunaux et la Doctrine estimèrent que l'article invoqué se contentait de régler une question de quorum et la Jurisprudence ne subit aucune atteinte.

Les auteurs s'efforcèrent alors de découvrir un principe, qui, combiné avec le principe contractuel, pourrait servir de base aux pouvoirs des assemblées et qui permettrait de les élargir. Thaller proposa celui de la personnalité morale. Marquant le caractère original du contrat de société, il avait le mérite d'expliquer scientifiquement le pouvoir de modification des statuts. Changer les statuts, ce n'est plus, désormais, détruire un contrat, mais perfectionner un organisme. L'assemblée des actionnaires, organe et expression de la

(2) BOURCART, *op. cit.*, p. 100.

personne morale, peut modifier le fonctionnement de l'entreprise, comme le ferait tout commerçant. Mais, si les Tribunaux se sont inspirés de ces idées, rien, dans les « attendus » que l'on peut lire ne rappelle les développements de Thaller ⁽³⁾.

B. — LA JURISPRUDENCE DES BASES ESSENTIELLES.

En 1893, un arrêt de la Chambre Civile marque une étape dans la Jurisprudence de la Cour de Cassation ⁽⁴⁾. La Chambre Civile, pour la première fois, pose le principe de la légalité des modifications votées par les assemblées, en l'absence de toute clause expresse des statuts.

Attendu qu' « il appartient aux assemblées générales de délibérer souverainement sur les modifications des statuts ».

La Cour de Cassation a eu le souci d'élucider ce point de droit, et, ce qui souligne, d'autant plus, l'importance de son arrêt, c'est qu'elle aurait pu réserver son opinion, le droit de modification étant, en l'espèce, reconnu dans les statuts. Mais, cet arrêt distingue toujours la simple modification de l'altération essentielle du pacte social. L'ancienne jurisprudence dite des *bases essentielles* est affirmée et ces termes, ou leur équivalent, sont reproduits dans toutes les décisions judiciaires ⁽⁵⁾. L'effort des plaideurs consistera à intro-

(3) Cf. Note déjà citée. *D.*, 1893, 1, 105.

(4) *Ibid.*, 1893, 1, 105.

(5) Ex. : « En dehors des objets précis sur lesquels le contrat a expressément permis aux associés de modifier les statuts, le pouvoir de modification ne peut s'appliquer qu'à des changements

duire la modification litigieuse parmi ces bases essentielles, ou, au contraire, à les exclure.

A cette distinction de la Jurisprudence, on reprocha son imprécision. Au point de vue des actionnaires, on peut considérer toutes les clauses des statuts comme essentielles, car ils se sont déterminés par leur ensemble. Comment, sans arbitraire, distinguer l'essentiel de l'accessoire ? D'ailleurs, une même clause peut être envisagée comme principale ou secondaire selon les individus et suivant les circonstances. De là résulte un certain flottement dans les décisions judiciaires et la distinction aboutit, selon Thaller, à « une véritable langue de Babel ».

Mais, au fond, pouvait-on éviter ce résultat en l'absence de tout texte légal et le critérium que préconise Thaller présente-t-il une supériorité pratique sur celui de la Jurisprudence ? C'est bien douteux.

Si l'on déclare que toute modification est licite dans les limites de la personnalité morale encore faut-il connaître l'étendue de celle-ci. Or, « elle se détermine d'après le but de la Société, lequel dépend lui-même de l'intention des parties » (6).

à effectuer dans les limites des règles d'administration ou d'organisation, sans altérer les bases constitutives de la Société. » Paris, 30 novembre 1899. *D.*, 1901, 2, 234.

« Les assemblées ont le pouvoir de modifier les statuts dans celles de leur dispositions qui nes ont pas de l'essence desdites sociétés. » Orléans, 9 janvier 1901. *J. S.*, 1901, 356.

« La modification ne porte aucune atteinte aux éléments essentiels du contrat. » Cass., 29 octobre 1902. *D.*, 1904, 1, 49 ; *S.*, 1905, 1, 89.

(6) PERCEAU, « Du pouvoir de l'assemblée générale extraordinaire dans les sociétés par actions, à l'effet de modifier les statuts, envisagée spécialement au point de vue de la loi du 16 novembre 1903 sur les actions de priorité ». *Journal des Sociétés*, 1907, p. 9.

Cependant, pour faire le partage entre le licite et l'illicite, la loi du 16 novembre 1903 aurait pu servir de guide et de mesure. Aux termes de ce texte déclaré rétroactif, l'assemblée générale peut créer des actions de priorité, sauf prohibition expresse des statuts. M. Percerou montra que cette modification statutaire renfermait trois éléments : une augmentation de capital, un changement dans la répartition des bénéfices et une rupture de l'égalité entre actionnaires. Raisonnant par analogie ou par « a fortiori », il dégagea cette formule générale de l'étendue des pouvoirs des assemblées : l'assemblée extraordinaire peut réaliser toutes les modifications de gravité inférieure ou égale à celle que vise la loi (7).

Beaucoup d'auteurs, plus ou moins franchement, se sont ralliés à cette thèse. Quelques jugements l'ont adoptée (8), mais finalement, la Jurisprudence a refusé de donner à la loi de 1903 une interprétation extensive (9).

C. — LA LIBRE CESSIBILITÉ DES ACTIONS FAIT-ELLE PARTIE DES BASES ESSENTIELLES ?

Parmi les éléments essentiels du contrat de société, il faut signaler d'abord le respect de l'égalité entre les actionnaires (la loi de 1903 n'a pas porté atteinte à ce principe en ce qui concerne les actionnaires d'une

(7) PERCEROU, *op. cit.*, p. 5 et sq.

(8) Ex. Rennes, 3 juillet 1912. *Journ. des Soc.*, 1915, p. 18.

Paris, 11 février 1914. *Journ. des Soc.*, 1914, p. 256.

(9) Ex. Trib. Com. Seine, 12 décembre 1912. *Gazette des Sociétés*, 1913, p. 103, et Note de M. Percerou.

même catégorie), l'objet et la nature de la société, qui sont mentionnés dans un grand nombre d'arrêts ⁽¹⁰⁾.

Il y en a, évidemment d'autres, tels que la limitation de la mise au montant de l'apport, le droit de ne pas être dessaisi de sa part sociale sans son consentement et le droit pour la société de ne pas se laisser absorber par fusion dans une autre entreprise. Ce sont là les principaux.

Comment dans ce cadre se place la cessibilité ? Une dérogation à la liberté de cession est-elle une atteinte aux bases essentielles ?

S'il existait dans la même entreprise deux catégories de titres, des titres nominatifs et des titres au porteur, les restrictions ne pouvant s'appliquer qu'aux premiers, il y aurait rupture de l'égalité entre les actionnaires et par conséquent nullité. La question ne s'est pas posée devant les tribunaux, mais elle est évidente et c'était, d'autre part, l'opinion du conseiller Cotelle dans le rapport qu'il présenta devant la Chambre des Requêtes, le 14 mai 1895 ⁽¹¹⁾.

En dehors de ce cas, il semble bien difficile d'admettre que les restrictions constituent une atteinte aux bases essentielles. Sans doute, l'actionnaire est-il intéressé à pouvoir céder son titre en toute liberté, car c'est à cette condition qu'il a chance d'en retirer le prix le plus élevé et cette considération a suffi au Tribunal de Commerce de Lyon pour annuler le vote par l'assemblée d'une clause restrictive ⁽¹²⁾.

(10) Ex. Req., 14 mai 1895. *S.*, 1899, 1, 397.

Req., 22 janvier 1912. *D.*, 1912, 1, 145. Note Thaller.

(11) *D.*, 1895, 1, 467.

(12) Lyon, 20 octobre 1902. *Journal des Sociétés*, 1902, p. 67.

« Attendu qu'une semblable modification porte sur le droit même des actionnaires.... une assemblée générale extraordinaire qui ne réunirait pas l'unanimité des actionnaires ne saurait avoir capacité pour faire subir une telle transformation à la Société. »

Mais, malgré la gêne réelle qu'une telle clause peut occasionner à un actionnaire, peut-on dire que ce dernier a considéré comme essentiel et intangible, lors de sa souscription, le droit de disposer de ses titres sans aucune limitation ? Peut-on prétendre que la mesure restrictive qui fut édictée a transformé la nature juridique de la société ?

Il n'est permis de raisonner de la sorte que si la clause aboutit à supprimer totalement le droit de disposer. Si elle a seulement pour effet de le diminuer, elle doit constituer une modification accessoire. C'est dans ce sens que s'était orienté la Cour de Cassation. A vrai dire elle suivait cette voie avec quelque timidité. Jamais elle n'a établi franchement le droit pour une assemblée de voter des clauses restrictives. Avant de tenir ces clauses pour valables, elle recherchait si les statuts primitifs contenaient déjà des restrictions que les dispositions nouvelles ne viendraient que renforcer. Par exemple, elle a validé la décision d'une assemblée soumettant à l'agrément du Conseil d'administration des transferts que les statuts n'avaient pas envisagés.

« Attendu que l'Assemblée générale n'a fait que déduire une conséquence logique de la règle originaires (13). »

Par contre, un arrêt de la Chambre des Requêtes

(13) Ch. Civ., 29 octobre 1902. S., 1905, 1, 89.

du 14 mai 1895 s'est montré extrêmement libéral ⁽¹⁴⁾. De la nature nominative des titres, il a conclu que la Société avait voulu se réserver le contrôle de ses membres et il a refusé d'annuler la délibération d'une assemblée instituant un droit de préemption.

Attendu que « les bases essentielles communes ne reçoivent aucune atteinte ».

Dans cette hypothèse, la Chambre des Requêtes a l'air de rechercher simplement l'esprit des statuts et, pour le connaître, il faut convenir qu'elle s'est montrée bien peu exigeante. Le fait que les actions étaient nominatives pouvait s'expliquer par une toute autre raison que par un désir de contrôle (raison fiscale, par exemple). En l'espèce, l'argument invoqué était d'un bien faible poids.

On peut, donc, conclure que, bien avant la loi de 1913, la Jurisprudenc, à part celle des Tribunaux de commerce, considérait avec bienveillance l'introduction par les assemblées des clauses restreignant la libre cessibilité des actions.

SECTION II

Les pouvoirs des assemblées depuis la loi du 22 novembre 1913

A. — LA LOI DU 22 NOVEMBRE 1913.

La loi du 22 novembre 1913 remplaçant l'ancien article 31 de la loi de 1867, devait mettre fin à l'incer-

(14) *D.*, 1895, 1, 167.
S., 1899, 1, 397.

titude de la Jurisprudence et aux controverses de la doctrine. Elle le devait, au moins dans la pensée de ses auteurs. Le rapporteur du projet, M. Roblin, déclarait au moment de sa discussion à la Chambre des Députés :

« Lors de sa constitution, une société ne peut raisonnablement prévoir toutes les hypothèses qui se présenteront à son activité. Il est indispensable que le pacte social puisse être adapté aux contingences qui surgissent.

« Le nouveau texte dissipe toute équivoque et présente toutes garanties ⁽¹⁵⁾. »

Voici quelles étaient les dispositions du nouvel article 31 :

« Sauf dispositions contraires des statuts, l'assemblée générale, délibérant comme il est dit ci-après, peut modifier les statuts dans toutes leurs dispositions. Elle ne peut toutefois changer la nationalité de la société ni augmenter les engagements des actionnaires.

« Nonobstant toute clause contraire de l'acte de société, dans les assemblées générales qui ont à délibérer sur les modifications aux statuts, tout actionnaire, quel que soit le nombre des actions dont il est porteur, peut prendre part aux délibérations avec un nombre de voix égal aux actions qu'il possède, sans limitation.

« Les assemblées qui ont à délibérer sur les modifications touchant à l'objet ou à la forme de la société

(15) Projet de loi portant modification de l'article 34 du Code de commerce et des articles 27 et 31 de la loi du 24 juillet 1867. *Journal des Sociétés*, 1913, p. 473.

ne sont régulièrement constituées et ne délibèrent valablement qu'autant qu'elles sont composées d'un nombre d'actionnaires représentant les trois quarts au moins du capital social. Les résolutions, pour être valables, doivent réunir les deux tiers au moins des voix des actionnaires présents ou représentés.

« Dans tous les cas autres que ceux prévus par le précédent paragraphe, si une première assemblée ne remplit pas les conditions ci-dessus fixées, une nouvelle assemblée peut être convoquée dans les formes statutaires et par deux insertions, à quinze jours d'intervalle, dans le *Bulletin annexe du Journal Officiel* et dans un journal d'annonces légales du lieu où la société est établie. Cette convocation reproduit l'ordre du jour en indiquant la date et le résultat de la précédente assemblée. La seconde assemblée délibère valablement si elle se compose d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social. Si cette seconde assemblée ne réunit pas la moitié du capital, il peut être convoqué, dans les formes ci-dessus, une troisième assemblée qui délibère valablement, si elle se compose d'un nombre d'actionnaires représentant le tiers du capital social. Dans toutes ces assemblées, les résolutions, pour être valables, devront réunir les deux tiers des voix des actionnaires présents ou représentés. »

Deux modifications sont interdites : le changement de nationalité de la société et l'augmentation des engagements des actionnaires.

Deux autres, considérées comme graves, nécessitent un quorum et une majorité spécialement élevés : ce

sont celles qui touchent à la nature et à l'objet de la société.

A part ces cas, et s'il n'existe pas d'interdiction ou de limitation statutaire, l'assemblée a pleins pouvoirs pour modifier le pacte social dans toutes ses dispositions à la condition de se soumettre aux règles prévues dans le dernier alinéa de l'article.

Le texte était fort clair, malheureusement toute équivoque ne fut pas dissipée et la première question qu'il fallut résoudre fut celle du domaine d'application de la loi.

B. — LE DOMAINE D'APPLICATION DE LA LOI DE 1913.

Dans l'esprit du législateur elle s'étendait à toutes les sociétés existant lors de sa promulgation.

« Nous ne reviendrons pas, disait le rapporteur, sur la question de la rétroactivité des mesures législatives concernant les sociétés par actions. Pour couper court à toute discussion et à toute interprétation qui pourrait aller à l'encontre de la volonté du législateur, nous inscrivons la rétroactivité dans le projet car, ainsi que nous l'avons démontré, c'est surtout aux anciennes sociétés que sont, à l'heure présente, nécessaires et indispensables les mesures que nous vous soumettons. »

Au Sénat, M. Chastenet exprimait la même idée en disant :

« L'intérêt de ces dispositions est trop évident et trop général pour qu'on n'en fasse pas l'application aux sociétés existantes. »

Il est difficile d'être plus catégorique, mais il est impossible d'exprimer sa volonté avec autant de maladresse que le fit le législateur de 1913. Le dernier article de la loi stipulant la rétroactivité est ainsi rédigé :

« Les dispositions de l'article 31 § 4 de la loi du 24 juillet 1867, modifiées par la présente loi, s'appliquent aux sociétés déjà constituées sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867. »

Seules, d'après ce texte, sont rétroactives les dispositions qui autorisent et qui réglementent la tenue d'une deuxième et d'une troisième assemblée lorsqu'il s'agit de changements n'ayant trait ni à l'objet, ni à la forme de la société. La compétence de l'assemblée générale pour les sociétés antérieures à la loi de 1913 serait donc réglée par les statuts ou par la législation en vigueur au moment de leur constitution. On revient, pour elles, à la Jurisprudence des « bases essentielles ».

Cette interprétation était correcte. Il n'est pas permis au Juge d'accorder le caractère rétroactif à des dispositions législatives, qui ne l'ont pas reçu, même s'il n'y a aucun doute sur l'intention du législateur.

« La loi ne dispose que pour l'avenir. »

Certains auteurs avaient trouvé dans l'analyse du paragraphe 4, déclaré expressément rétroactif, les éléments suffisants pour entraîner par voie de conséquence la rétroactivité de tout l'article ⁽¹⁶⁾.

D'après les termes par lesquels débute l'alinéa 4 :

(16) BOUVIER-BANGILLON, « Commentaire de la loi du 22 novembre 1913 ». *Lois nouvelles*, 1914, p. 182.

WAHL, Note sous Paris, 11 février 1914. *S.*, 1917, 2, 73.

« Dans tous les cas autres que ceux prévus par le précédent paragraphe et si une première assemblée ne réunit pas les conditions fixées ci-dessus », il semblait logique de reconnaître le caractère rétroactif aux dispositions concernant les premières assemblées, qui font l'objet de l'alinéa 1^{er}.

Puis les règles de quorum dépendant des pouvoirs, étant la contre-partie de ces derniers, la loi de 1913 régirait les modifications elles-mêmes et pas seulement le mode par lequel elles s'opèrent.

Seul le 3^e alinéa ne serait pas rétroactif. Ce système serait conforme au désir exprimé au Sénat par le rapporteur M. Chastenet, qui considérait les modifications touchant à l'objet et à la forme comme trop importantes pour être permises aux Sociétés constituées sous l'empire de la loi de 1867. On peut se demander si tel n'a pas été le résultat qu'a voulu atteindre le législateur en donnant à l'article 4 de la loi une rédaction aussi défectueuse. Cette thèse ne fut admise que par très peu d'auteurs et d'ailleurs M. Wahl, qui la soutenait, reconnaissait lui-même qu'elle ne s'imposait pas.

Par contre, c'est vers la rétroactivité complète qu'inclinait la Jurisprudence (17).

(17) « Considérant que cette loi qui remplace l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 consacre le droit absolu pour les assemblées générales d'actionnaires de modifier les statuts dans toutes leurs dispositions, sauf la nationalité ou les engagements des actionnaires. » Paris, 11 février 1914. S., 1917, 2, 73.

La même opinion ressort d'un arrêt de la Chambre des Requêtes de 1926 qui, à première vue, semble admettre la non rétroactivité de la loi de 1913. S., 1926, 1, 61.

La Chambre des Requêtes a appliqué à une société constituée sous l'empire de la loi de 1867 les dispositions du texte primitif, mais, parce que le demandeur « ...n'a jamais prétendu devant les juges du fond que les prescriptions de la loi du 22 novembre 1913 fussent applicables à la délibération critiquée. Dès lors, il

C. — LA LOI DU 1^{er} MAI 1930.

Les divergences d'opinion n'ont cessé qu'en 1930, où, sur la proposition de M. Antony Ratier, fut votée une loi qui interprétait et modifiait celle de 1913.

Pour éviter tout procès qui pourrait naître du fait que le nouveau texte est rétroactif, le dernier alinéa de la loi est ainsi conçu :

« Les dispositions de l'article 31 nouveau de la loi du 24 juillet 1867 et celles de l'article 34 du Code de Commerce, modifiées par la présente loi, s'appliquent aux sociétés en commandite par actions et anonymes déjà constituées sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867.

« A dater de la promulgation de la présente loi, seront considérées comme non recevables les actions en nullité de délibérations prises par les assemblées extraordinaires ultérieures à cette promulgation et qui seraient fondées sur ce qu'on y aurait observé à tort, soit les dispositions de l'ancien article 31 de la loi de 1867, soit celles du nouvel article 31 de cette même loi. »

D'autre part, la loi de 1930 modifie celle de 1913 sur les points suivants :

1° Un pouvoir beaucoup plus large est donné aux assemblées. Les mots « sauf disposition contraire des

n'est pas recevable à présenter pour la première fois devant la Cour de Cassation un moyen de nullité qui est mélangé de fait et de droit ».

Ces termes prouvent bien que si la loi de 1913 avait été invoquée, c'est elle qui aurait dû s'appliquer. L'attendu que nous avons reproduit serait parfaitement inutile si l'on ne lui accordait pas ce sens.

(18) Loi du 1^{er} mai 1930. SIREY, *Code annoté*, 1930, p. 3683.

statuts... » sont supprimés. Dorénavant, toute clause statutaire restreignant le cercle des modifications autorisées est réputée non écrite.

2° Les statuts pourront, à l'avenir, limiter le nombre de voix dont disposeront les actionnaires dans les assemblées générales.

« Nonobstant toute clause contraire de l'acte de société, tout actionnaire, quel que soit le nombre de ses actions, peut prendre part aux assemblées générales qui ont à délibérer sur les modifications aux statuts. Dans ces assemblées, chaque actionnaire a autant de voix qu'il représente d'actions et ce, sans limitation, à moins que la limitation ne soit prévue par les statuts et à condition que cette limitation soit uniforme pour toutes les actions, même s'il y a plusieurs catégories d'actions créées en vertu de la loi du 16 novembre 1903. »

3° Le quorum de la première assemblée est abaissé à deux tiers au lieu de trois quarts.

En outre, si la troisième assemblée ne peut réunir un nombre d'actionnaires représentant un tiers du capital, elle peut être prorogée, à une date ultérieure de deux mois, au plus, à partir du jour auquel elle avait été convoquée.

4° Enfin, quelques modifications secondaires ont trait aux délais de réunion.

À part ces changements, les dispositions fondamentales de la loi de 1913 demeurent. Ce sont toujours les mêmes modifications qui sont permises, les mêmes qui sont interdites.

SECTION III

L'engagement des actionnaires et les clauses restrictives

A. — LES SOLUTIONS DE LA JURISPRUDENCE.

Le problème de l'introduction des clauses restrictives se pose depuis 1930 comme il se posait après la loi du 22 novembre 1913. A priori, sa solution paraît simple et évidente. Depuis que l'omnipotence des assemblées est érigée en principe, comment pourrait-on leur nier, sans quelque paradoxe, le droit de restreindre la libre transmission de leurs titres ? C'est, pourtant, ce que fait la jurisprudence, même celle de la Cour de Cassation qui, jusque-là, était libérale. Pour elle, insérer de telles dispositions dans les statuts, c'est *augmenter les engagements des actionnaires*, et cela le législateur l'a interdit expressément.

Parmi les litiges de cet ordre qui ont été soumis à sa juridiction, il est un procès célèbre, celui qui fut intenté à la Société des Rizeries françaises par un de ses actionnaires, Godin. D'après les statuts, les actions étaient nominatives et convertibles au porteur après leur entière libération. Par un vote du 27 septembre 1920, l'assemblée introduisit la clause suivante : « La cession des actions ne pourra s'effectuer même au profit d'une personne déjà actionnaire, qu'avec l'agré-

ment du Conseil d'administration. Il statuera sur l'acceptation ou le refus du transfert. S'il refuse, il n'est pas tenu de faire connaître les motifs.

Le Conseil d'administration, outre le droit absolu de refuser le transfert, aura la faculté de faire exercer un droit de préemption, moyennant un prix qui ne pourra être supérieur à celui fixé chaque année par l'assemblée générale d'après les résultats du bilan. »

Dans un jugement en date du 28 octobre 1921 ⁽¹⁹⁾ le Tribunal de Commerce du Havre a déclaré qu'une semblable clause constituait une violation de la loi du 22 novembre 1913.

« Attendu que la cessibilité est le caractère distinctif de l'action, que cette condition substantielle envisagée par le souscripteur, lors de la fondation d'une société, est, par sa nature même, intangible..., que — du fait des résolutions nouvelles — l'actionnaire se trouve soumis à des conditions altérant dans leur essence ses engagements primitifs, *lesquels sont considérablement aggravés* ».

La Cour de Rouen confirma le jugement du Tribunal ⁽²⁰⁾. Le litige fut enfin porté devant la Chambre des Requêtes qui rejeta le pourvoi intenté contre l'arrêt ⁽²¹⁾.

« La Cour de Rouen, considérant à bon droit que *les engagements du Sieur Godin avaient été indûment*

(19) *Journal des Sociétés*, 1923, p. 500.

(20) Rouen, 3 janvier 1923. *Journal des Sociétés*, 1923, p. 348.

(21) Ch. des Req., 2 janvier 1924. *D.*, 1927, 1, 161, Note Escarra ; *S.*, 1924, 1, 225, Note Esmein ; *Journ. des Soc.*, 1925, p. 83. Note Bosvieux.

augmentés par la délibération d'une majorité d'actionnaires modificative des statuts. »

La modification litigieuse était critiquable pour deux raisons :

— elle attribuait au Conseil d'administration le droit de s'opposer à tout transfert sans être tenue de motiver son refus.

— elle fixait des bases imprécises et arbitraires au prix de préemption.

La clause devait donc être annulée au même titre qu'elle aurait dû l'être si elle avait été insérée dans les statuts primitifs. Il était inutile de se placer sur le terrain des pouvoirs modificateurs des assemblées et il faut noter que dans ses attendus, la Cour de Rouen n'a pas invoqué la loi de 1913.

Mais les dispositions restreignant la cessibilité des titres, constituent-elles une aggravation des charges pour les actionnaires, comme l'ont prétendu le Tribunal de Commerce et la Chambre des Requêtes, comme plus récemment l'a affirmé le Tribunal Civil de la Seine dans un jugement du 21 janvier 1925 ? ⁽²²⁾.

Quel sens faut-il attribuer aux termes de la loi « augmenter les engagements » ?

B. — CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE.

Lorsque, d'après les statuts les titres d'une société peuvent être cédés librement, le fait de restreindre un jour cette liberté rend, évidemment, la situation de

(22) D., 1926, 2, 1061.

leur propriétaire moins avantageuse. Conclure que, de ce chef, ses engagements sont augmentés, c'est donner à ce terme un sens très étendu : il engloberait non seulement l'apport social, objet même de l'engagement, mais encore les conditions dans lesquelles cet engagement est intervenu. C'est le point de vue auquel se place la Jurisprudence, lorsqu'une assemblée décide d'établir des clauses restrictives.

S'il est juste, il ne faut pas l'adopter pour ce seul cas, il faut, au contraire, l'étendre et l'on doit, en règle générale, déclarer intangible la situation initiale de l'actionnaire, en considérant comme essentiels tous les éléments qui la composent.

Une telle conception revient à assimiler la société à un simple contrat et à considérer toute innovation statutaire comme une rupture de l'accord primitif. Pour cette raison elle est éminemment critiquable.

Si l'on admet, au contraire, que la société est un organisme qui se développe et qui évolue sans cesse, il devient impossible de reconnaître à ses membres le droit de conserver intacts les avantages dont ils jouissent au moment de leur souscription. Leur position vis-à-vis du groupement auquel ils sont attachés ne peut pas être fixe, elle doit s'adapter aux changements de la vie sociale. Telle a été, sans aucun doute, l'opinion du législateur de 1913, puisque, loin de considérer les modifications aux statuts comme anormales et exceptionnelles, il a donné pleins pouvoirs aux assemblées générales. En écartant de leur compétence la possibilité d'augmenter les engagements des action-

naires, il a créé une exception au principe, aussi faut-il donner à l'expression légale la signification la plus restreinte, seule conforme à son esprit, celle d'aggravation des charges pécuniaires.

C'est dans ce sens qu'elle était employée avant de figurer dans un texte législatif et c'est toujours celui que la doctrine s'accorde à lui reconnaître.

C'est aussi la même idée qu'exprimait le rapporteur Roblin dans son exposé :

« Des charges fixes ont été assumées par les adhérents : ils ont pris des dispositions pour y faire face. Il serait contraire à la bonne foi de les surprendre et de toucher aux engagements formels qui ont été consentis. »

Augmente évidemment les engagements d'un actionnaire l'obligation pour lui de verser une somme supérieure à celle qu'il a promise : par exemple, une modification qui aboutirait à le rendre indéfiniment responsable, ou par laquelle il serait tenu de souscrire à une augmentation de capital. D'une façon plus générale, toute mesure qui rend plus difficile la libération de l'actionnaire vis-à-vis de la société doit être considérée comme une augmentation des engagements.

Mais il est bien certain que le risque pécuniaire n'est nullement accru du fait qu'est limitée la liberté de cession d'un titre. En étendant arbitrairement le sens d'un mot qui avait une portée précise et très limitée la Jurisprudence a assimilé des mesures absolument différentes et l'on a pu affirmer avec raison que

persévérer dans ce chemin c'était bouleverser l'économie de la loi de 1913 ⁽²³⁾.

Toutes les décisions que peut prendre une assemblée affectent plus ou moins les droits de ses membres, et logiquement, on devrait dire, par exemple, qu'une modification dans la répartition des bénéfices constitue une augmentation de leurs engagements. La compétence des assemblées générales se trouve réduite, alors que le législateur l'a voulue presque illimitée. Sa volonté est méconnue et trahie par la Jurisprudence. D'ailleurs, contre la solution qu'adopte cette dernière, milite un argument de logique et de bon sens.

Une société peut changer sa forme juridique et en choisir une où figurent de droit les restrictions que les tribunaux refusent aux assemblées la possibilité d'établir. Sans doute les conditions de quorum sont-elles différentes, mais il est inconcevable de ne pouvoir prendre directement des mesures qu'un moyen détourné permet d'adopter.

Ce qui est regrettable, c'est qu'au lieu de reproduire l'expression de la loi de 1913, le législateur de 1930 n'ait pas employé celle dont il a fait usage pour les sociétés à responsabilité limitée.

« Dans aucun cas, la majorité ne peut obliger un des associés à *augmenter sa part sociale*. » (Article 31, loi du 7 mars 1925.)

Ces termes sont trop exacts, leur extension est trop réduite pour qu'on puisse douter de leur sens. En fait, dans les sociétés à responsabilité limitée aucune

(23) Cf. Note BOSVIEUX, *Journal des Sociétés*, 1925, p. 83.

confusion n'est possible et le problème que nous discutons ne s'est jamais posé.

Deux auteurs, cependant, proposent de distinguer entre la clause d'agrément et celle de préemption ⁽²⁴⁾. Instituer une clause de préemption, ce serait pour eux « frapper l'associé dans la propriété même de son titre », car il aurait un droit acquis à le conserver ou à le négocier aux conditions fixées dans les statuts.

Soutenir cette opinion c'est prendre le problème à rebours et l'argument se réduit à n'être plus qu'une affirmation gratuite : il est difficile, en effet, de soutenir que les statuts puissent créer une situation définitivement acquise à l'actionnaire, puisque, nous l'avons vu, leurs dispositions peuvent être changées.

Evidemment, l'exercice de la préemption peut enlever au cédant le bénéfice d'une opération avantageuse, mais sa mise n'étant pas augmentée, l'intérêt personnel doit céder devant l'intérêt collectif.

D'autre part, si la faculté d'agrément permettant d'arrêter toute cession pouvait être plus sévèrement réglementée par les assemblées générales qu'elle ne l'est dans les statuts et si le droit de préemption, qui n'empêche pas le transfert d'avoir lieu, ne pouvait être introduit après coup par un vote des actionnaires, la clause la moins grave à la naissance de la société deviendrait la plus dangereuse par la suite. On en devine difficilement la raison.

Au fond, que les clauses restrictives soient insérées dans les statuts lors de leur rédaction primitive, ou

(24) PIC et BARATIN, *op. cit.*, p. 134.

qu'elles le soient par voie de modification, le problème est de même nature. Les assemblées ont pleins pouvoirs.

Il se pourrait, cependant, que la majorité adopte des résolutions, qui, loin de répondre à l'intérêt supérieur de la collectivité, soient dirigées manifestement contre certains actionnaires. Le vote présente alors un caractère abusif. Si la preuve de l'intention nuisible peut être fournie, les tribunaux annuleront, de ce chef, la décision prise. L'application de la maxime « *Fraus omnia corrumpit* » protégera ainsi l'actionnaire contre les coups de force possibles de la majorité ⁽²⁵⁾.

(25) La jurisprudence paraît être orientée en ce sens. Ex. Tribunal Civil du Maine-et-Loire, 15 juillet 1930. *D. H.*, 1930, p. 580.

« Attendu qu'une assemblée générale ou un Conseil d'administration ne sauraient décider l'exclusion d'un actionnaire ou de ses héritiers sans motifs sérieusement justifiés, qu'on ne saurait leur reconnaître, suivant les termes de la doctrine et de la jurisprudence, le droit de faire de leurs délibérations et de leurs décisions, des instruments d'expropriation, de spoliation.

« Attendu qu'en pareille matière la maxime « *fraus omnia corrumpit* » doit recevoir son application et qu'il appartient aux tribunaux de s'opposer à tout abus de droit... »

CHAPITRE V

Les clauses restrictives et les titres au porteur

Pour que les clauses restrictives reçoivent pleine efficacité, il ne suffit pas que les actionnaires s'engagent à faire connaître tout projet de cession. La société doit encore avoir un moyen matériel de s'opposer à la transmission de ses titres. Il faut donc que celle-ci s'opère suivant les formalités de l'article 1690 du Code Civil, ou bien par transfert, ou encore par endossement avec transcription sur les registres sociaux. En d'autres termes le titre doit être nominatif ou à personne dénommée. Entre les titres au porteur et le fonctionnement de clauses restrictives, il y a, en effet, antinomie.

La personne ou la collectivité qui crée des titres au porteur s'engage non pas à l'égard de tel ou tel individu, mais à l'égard de tout porteur légitime. Le cessionnaire n'est pas un ayant cause des porteurs antérieurs. Il est titulaire direct d'un droit incorporé dans le titre. Posséder le droit, posséder le titre, les deux choses se confondent. L'un et l'autre s'acquièrent par simple tradition, et le porteur est protégé par l'ar-

ticle 2279 du C. C. Suivant l'expression du droit allemand il est légitimé par le seul fait qu'il détient le titre. Dès lors est incompatible avec la nature juridique des actions au porteur, toute clause par laquelle la cession, pour être parfaite, doit avoir obtenu l'agrément de la société.

Voilà qui paraît être de simple bon sens. Il semblerait superflu que les tribunaux l'aient affirmé à plusieurs reprises, si un professeur, M. Rousseau, n'avait, contre toute vraisemblance, soutenue une opinion contraire ⁽¹⁾.

Partant du principe que « Tout ce qui n'est pas défendu est permis », cet auteur déclare qu'« il faut laisser à la pratique le soin d'assouplir par des combinaisons commodes, toutes les fois que la loi ne le défend pas, les catégories créées par l'usage ». Le titre au porteur soumis à des clauses restrictives pourra, dit M. Rousseau, perdre son caractère. Cela peut avoir un intérêt fiscal, mais n'en a aucun au point de vue de la validité de la clause.

Cette argumentation est assez peu convaincante.

Que deviendra, en effet, le titre dont la transmission sera réglementée ?

Aux yeux de la société, il sera analogue à un titre nominatif. Mais comme il n'indique pas le nom d'un propriétaire, aux yeux des tiers il se révélera toujours comme un titre au porteur. Pour la sécurité de la circulation, l'acquéreur doit avoir foi dans ses appa-

(1) ROUSSEAU, Note au *Sirey* sous Poitiers, 4 juillet 1927. S., 1927, 2, 137.

rences et il est fondé à croire que sa propriété se transmet par une tradition pure et simple. La clause restrictive, par son jeu, rendrait les transactions précaires. Elle mettrait en échec les règles intéressant le crédit qui sont d'ordre public. Ne pouvant les transgresser, elle est, évidemment, nulle. Il n'y a d'ailleurs pas, dans la pratique, d'exemple de titres au porteur dont l'aliénation soit soumise à l'agrément de la collectivité émettrice.

Est-il alors impossible à une société, dont toutes les actions sont au porteur de surveiller le renouvellement de ses membres ?

Pour éviter ce résultat on a eu recours à deux moyens :

— cession du droit pécuniaire seul et restrictions du droit de vote.

— convention de blocage entre actionnaires.

SECTION I

Les restrictions au droit de vote

Toute action confère à son titulaire deux sortes de droits, d'une part des droits pécuniaires, remboursement de l'apport, perception de dividende et éventuellement du boni de liquidation, d'autre part des droits d'administration comprenant l'accès et le vote aux assemblées, l'éligibilité aux fonctions d'administrateur, l'exercice des actions en nullité.

Lorsqu'une société redoute l'ingérence de certains individus, c'est l'exercice de cette seconde catégorie de droits qui l'inquiète. Peu lui importe, au contraire, la personnalité de l'actionnaire qui percevra les bénéfices. Il est donc apparu comme un procédé de sauvegarde commode de dissocier ces deux séries de prérogatives. Les bénéfices pécuniaires afférents à la part sociale se transmettraient librement. Par contre, les droits d'administration ne pourraient s'exercer que si le cessionnaire a reçu l'agrément de la société. L'intérêt de ce procédé se manifeste surtout avec les titres au porteur. Il permettrait, par une voie détournée de soumettre leur cession à des clauses restrictives.

A. — EST-IL LICITE DE SÉPARER LE DROIT DE VOTE DES
AUTRES DROITS ATTACHÉS A LA POSSESSION D'UN
TITRE ?

Que ce démembrement soit opéré par la volonté du titulaire ou qu'il soit imposé par une clause des statuts, ce qui est le cas, il n'y a, entre ces deux hypothèses, qu'une différence de gravité. Tous les arguments qui tendent à rendre la première impossible ont, a fortiori, le même effet contre la seconde, au demeurant, le problème est identique.

Pourquoi ne pourrait-on pas enlever à un actionnaire le droit de participer à la gestion de la société (2) ? On ne heurte aucune règle d'ordre public.

(2) Un auteur, M. Michel a soutenu la validité de la dissociation du droit de vote et des droits pécuniaires. « De la cession du droit

Une telle situation est même fréquente. Les statuts peuvent valablement subordonner l'entrée dans les assemblées à la possession d'un certain nombre de titres. Par le fait même ils suppriment le droit de vote à ceux qui n'ont pas le minimum requis.

D'autre part, si l'on admet que le droit d'administration est la contre-partie obligatoire des droits pécuniaires il faut logiquement admettre entre eux une certaine proportionnalité. La réalité est souvent toute différente, et l'on voit des actions de même valeur nominale et jouissant d'avantages pécuniaires identiques conférer à leurs titulaires des droits de vote différents. Or personne, depuis la loi de 1903 sur les actions de priorité, ne conteste la validité des actions à vote plural.

Il y a plus. Très fréquemment, dans une même société, les droits pécuniaires varient en raison inverse des droits d'administration. Les statuts établissent entre leurs titres une sorte d'équilibre, une action privilégiée ne possède pas, par exemple, la garantie d'un intérêt statutaire, ou bien, au contraire, elle participe à la distribution des superdividendes dans une proportion inférieure aux actions ordinaires.

Cet ensemble d'arguments permet de douter qu'il existe une indivisibilité naturelle dans les droits que confère une action.

de vote attaché aux actions ». *Recueil juridique des Sociétés*, 1926, p. 80 et sq.

Contra. CORDONNIER, « Un actionnaire peut-il céder son droit de vote ? ». *Journ. des Soc.*, 1927, p. 5 et sq.

En ce sens a jugé la Cour de Poitiers dans un arrêt du 4 juillet 1927 ⁽³⁾.

En l'espèce, les statuts donnaient à la société une faculté de préemption sur ses titres, quelle que soit leur forme, même au cas de transmission par décès.

Devant l'impossibilité qu'il y avait à exercer le rachat pour les titres au porteur, la disposition suivante fut ajoutée par une délibération de l'assemblée extraordinaire.

« Toute transmission à un titre quelconque d'actions nominatives ou au porteur, ne pourra être opposée à la société, que lorsqu'elle aura été notifiée au Conseil d'administration. A défaut de cette notification, qui pourra être faite à toute époque et indifféremment par l'ancien ou le nouveau porteur, ce dernier ne jouira que du droit au paiement des intérêts et dividendes et au partage de l'actif social qui lui appartiennent dans tous les cas. »

Ce texte fut validé par la Cour de Poitiers.

« En tant qu'il a pour objet d'exclure du Conseil d'administration et de priver du droit de vote aux assemblées générales délibérantes les cessionnaires qui ne seraient pas agréés par le Conseil d'administration, les nouveaux porteurs restant investis des autres avantages attachés à leur titre, comme découlant nécessairement du droit qui leur est maintenu de toucher des dividendes et de participer éventuellement au partage de l'actif social. »

(3) *S.*, 1927, 2, 137.

Cet arrêt qui, d'après un auteur (Copper-Royer), « dépasse les bornes du vraisemblable », n'avait pas de précédent en la matière ⁽⁴⁾. Un pourvoi intenté devant la Chambre Civile aboutit à sa cassation ⁽⁵⁾.

Les « attendus » de la Cour suprême sont brefs mais catégoriques.

« Attendu que le *droit de vote aux assemblées est un attribut essentiel de l'action* — que si, d'après le texte ci-dessus visé, son exercice peut être réglementé dans une certaine mesure par les statuts, *il ne saurait en aucun cas être supprimé.* »

Cet arrêt consacre le principe de l'indivisibilité de l'action — principe auquel la doctrine, dans sa presque unanimité, est restée fidèle.

B. — LE FONDEMENT DU DROIT DE VOTE. SON CARACTÈRE INTANGIBLE.

Contre la scission du droit de vote et des droits pécuniaires, on a invoqué des arguments de texte et d'abord l'article 27 de la loi du 24 juillet 1867, ainsi rédigé :

« Les statuts déterminent le nombre d'actions qu'il est nécessaire de posséder, soit à titre de propriétaire, soit à titre de mandataire, pour être admis dans l'assemblée et le nombre de voix appartenant à chaque actionnaire. »

Il faut donc, pour prendre part à une assemblée,

(4) *Traité des Sociétés anonymes*, 4^e édit., t. 2, p. 578.

(5) Ch. Civ., 7 avril 1932. *D.*, 1932, p. 267.

posséder des actions en propre, ou les détenir en vertu d'un mandat. Mais ce texte est à peu près dépourvu de force probante. D'une part le terme de propriétaire ne doit pas être entendu dans une acceptation très précise, sans quoi on devrait refuser à l'usufruitier l'accès des assemblées. D'autre part l'article invoqué peut, à la rigueur, suffire pour interdire la cession du droit de vote, car il tend à prouver que celui-ci n'a pas d'existence indépendante. Mais l'hypothèse que nous étudions est inverse, c'est le droit pécuniaire qui est cédé, il s'agit de savoir s'il peut s'exercer tout seul, le droit de vote étant éteint.

C'est le fondement même de ce droit et l'analyse de sa fonction qui pourront nous permettre de résoudre le problème.

Il constitue, tout d'abord, une arme donnée à l'actionnaire pour défendre ses droits. Il est, en effet, normal que la personne qui a engagé des intérêts pécuniaires dans une entreprise ait le moyen de s'opposer à toute mesure pouvant porter atteinte à sa mise sociale.

Mais, à ce point de vue, l'actionnaire possède une garantie bien plus efficace dans la possibilité qui lui est donnée de céder ses titres. Envisager le droit de vote comme un simple moyen de protection ne suffit, peut-être, pas à lui conférer un caractère intangible. Il a un rôle plus élevé et ce premier aspect est secondaire.

Dans les sociétés par actions, c'est au capital qu'appartient le pouvoir suprême. C'est lui qui, au sein

des assemblées, décide souverainement. Supprimer à certaines actions le droit de vote serait détruire le jeu normal de la majorité et méconnaître la nature même de la société de capitaux.

Pourtant, en fait, les actionnaires ne se désintéressent-ils pas souvent des affaires sociales et la pratique très répandue du pouvoir en blanc, dont nous aurons à parler, ne démontre-t-elle pas l'inutilité que présente pour eux le droit de vote ? D'ailleurs, est-ce vraiment, pour une société, la condition indispensable d'une gestion saine que tous ses membres puissent y participer ? C'est loin d'être évident.

Ignorant souvent tout de l'entreprise dont ils font partie, ils sacrifient à leurs intérêts personnels immédiats l'intérêt supérieur de la collectivité. Ne vaut-il pas mieux admettre dans les assemblées uniquement des actionnaires capables et qui peut être un meilleur juge de leur capacité que la société elle-même ? Rien ne s'opposerait plus, alors, à ce que le suffrage puisse être enlevé à l'action.

Cette solution, certainement contraire à l'esprit de la loi, pourrait être idéale si les administrateurs étaient toujours excellents, mais dans beaucoup de cas elle deviendrait extrêmement dangereuse. Ayant pour effet de supprimer tout contrôle, les abus qu'elle entraînerait avec une administration sans scrupule seraient infiniment plus graves que le mal auquel elle prétend porter un remède et c'est pourquoi, dans l'intérêt même de la société, il nous paraît impossible d'écarter certains actionnaires de la gestion.

Droits pécuniaires et droits d'administration ne peuvent être séparés et de cette idée nous trouvons dans la législation des illustrations nombreuses.

A toute délibération des actionnaires il faut qu'une certaine portion du capital soit représentée. Pourrait-on concevoir l'exigence d'un quorum si les actions qui le composent se bornaient à un rôle de présence passive ? S'il pouvait fonctionner indépendamment de la majorité, il n'aurait aucune raison d'être. Le capital constituant le quorum doit prendre les décisions, c'est d'une logique élémentaire.

La législation nous fournit d'autres preuves de ce lien intime qui unit le vote à l'apport.

Ainsi que le disait M. Thévenet, dans son rapport au Sénat de la loi du 1^{er} août 1893, le législateur a pensé que les associés, même les plus modestes, ne devaient pas être privés du pouvoir de contrôler les opérations sociales et qu'il fallait dans toutes les délibérations, leur permettre d'exprimer leur avis. C'est pourquoi tous ceux qu'un nombre de titres insuffisant tiendrait à l'écart des assemblées, peuvent y prendre part en se groupant.

Sans doute a-t-on pu dire, cette mesure est souvent sans intérêt pratique. Ce qui préoccupe les petits porteurs, ce sont les dividendes, quant à l'administration, ils s'en désintéressent. Peut-être, aussi, assiste-t-on à des marchandages de la part de gros actionnaires qui se font accorder par les petits un mandat pour les représenter et qui, par ce drainage, augmentent leur influence. Peu importe ces inconvénients pratiques, ils

n'altèrent en rien la volonté du législateur de ne tenir aucun actionnaire éloigné de la gestion et de donner à chacun, par le vote, le moyen de sauvegarder ses droits.

Cette volonté se manifeste encore dans la loi du 22 novembre 1913. Toutes les fois qu'il y a lieu de prendre une décision grave, chaque actionnaire, si infime soit la portion de capital qu'il détienne, a libre accès dans les assemblées extraordinaires. Les statuts ne peuvent pas le lui interdire.

Il serait évidemment excessif de prétendre que dans une société commerciale, la mesure exacte du droit pour chacun d'émettre son vote, c'est l'intérêt.

La loi du 1^{er} mai 1930 permet aux statuts de limiter le nombre de voix dont les actionnaires disposeront dans les assemblées extraordinaires. En sens inverse on peut rappeler l'existence d'actions à vote privilégié. Mais la disposition nouvelle de la loi de 1930 met un frein à ce trafic d'influences possible dont nous parlions tout à l'heure et l'essentiel de la loi de 1913 qu'elle interprète demeure : le droit intangible pour tout actionnaire de prendre part aux assemblées extraordinaires.

Quant aux actions à vote privilégié elles constituent, c'est certain, une entorse au principe de l'indivisibilité de l'action. Cependant la législation récente à laquelle elles sont soumises (loi du 26 avril 1930 et projet voté par le Sénat le 1^{er} décembre 1931) prouve le discrédit qu'elles ont auprès du législateur.

D'après le projet qu'a adopté le Sénat, les suffrages

attachés à un titre sont limités à un maximum de deux. D'autre part toute action nominative peut posséder le vote plural au bout d'un certain délai fixé à deux ans. Désormais la société n'est plus libre de créer dans le vote les inégalités les plus choquantes. Tout actionnaire peut prétendre au vote plural s'il accepte d'abandonner l'anonymat et s'il donne à la société des gages de fidélité suffisante.

Si, pour des raisons pratiques, il n'existe pas toujours une proportion mathématique entre les titres possédés et l'influence qu'ils accordent, du moins la loi ne nous offre nulle part un exemple de démembrement de l'action. Nous avons, au contraire, prouvé qu'à ce démembrement elle est franchement hostile et nous avons donné les raisons de cette hostilité.

A l'appui de cette thèse, le caractère révocable des administrateurs nous permet enfin de tirer un solide argument.

« Les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, révocables, salariés ou gratuits pris parmi les associés. »

Ces dispositions de l'article 22 de la loi de 1867 sont considérées comme ayant un caractère impératif.

Si, sur ce point précis, l'actionnaire ne peut pas renoncer à son contrôle, comment pourrait-il y renoncer définitivement et pour le tout en abdiquant son droit de vote ? Comment, à fortiori, pourrait-on sans son consentement lui supprimer ce droit ?

C. — LES SOLUTIONS DE LA JURISPRUDENCE.

A part les deux arrêts que nous avons relatés, les tribunaux ont eu à se prononcer sur la validité de l'engagement pris par un actionnaire de s'abstenir de tout vote. La Cour de Paris l'admit pour le motif que l'égalité entre actionnaires n'est pas d'ordre public ⁽⁶⁾.

En réalité, ce n'est pas sur ce terrain que la question se posait et cet arrêt mis à part, la Jurisprudence apparaît dans son ensemble solidement fixée dans le même sens que la Chambre Civile. Ses décisions n'ont pas porté sur la légitimité de la dissociation des droits que l'action confère, mais sur l'engagement émanant d'actionnaires de voter dans un certain sens — hypothèse beaucoup moins grave. Si elle tient cet engagement pour licite lorsqu'il porte sur une question déterminée, elle l'annule lorsqu'il s'étend à toutes les questions qui peuvent être soumises aux assemblées.

Attendu qu'il est « contraire à la liberté et à la personnalité du vote ; (que) le considérer comme valable serait détruire le jeu normal de la discussion, dont l'assemblée a précisément pour mission de révéler le sens dominant ».

Pour la Jurisprudence comme pour la Doctrine, le droit de vote constitue une garantie individuelle accordée aux associés. Mais il est aussi un instrument de gouvernement et de contrôle aux mains du capital.

« On conçoit, que si la loi écarte des assemblées les personnes autres que les actionnaires et a, ainsi, mani-

(6) Cour de Paris, 11 novembre 1908. *Journal des Sociétés*, 1913, p. 56.

festé sa volonté de laisser la direction au capital, elle a dû attacher le même prix à ce que toutes les personnes détenant une portion de capital pussent figurer aux assemblées. »

.....

« C'est en termes impératifs que la loi décide que l'assemblée est générale. » (7).

Le vote a un rôle social et par ce côté les sociétés présentent une analogie certaine avec les organismes de Droit Public. Son titulaire n'en dispose que pour la mission qu'il doit remplir.

L'aliéner, y renoncer ou le supprimer sont des opérations interdites.

SECTION II

Les conventions de blocage

Nous avons montré qu'une société ne peut intervenir d'aucune façon pour réglementer l'aliénation des titres au porteur. Ceux-ci, par leur nature même, sont soustraits à son contrôle.

Mais les actionnaires ne sont pas désarmés et ils trouvent encore un moyen de défense dans le blocage de leurs titres. Ils conviennent de les déposer dans un lieu qu'ils choisissent (coffres d'une banque, étude de

(7) WAHL, « Des restrictions statutaires apportées à la désignation des administrateurs ou des commissaires de surveillance et au droit de voter dans les assemblées des sociétés anonymes ». *Journal des Sociétés*, 1913, p. 356.

notaire...) et ils s'interdisent d'en disposer pendant un certain temps.

Cette combinaison est en elle-même licite. Il est seulement nécessaire, mais cette condition est indispensable, que l'établissement émetteur y soit absolument étranger. La société doit au titre.

Le blocage peut se réaliser de plusieurs façons. Le procédé le plus simple consiste à déposer les titres dans les coffres d'une banque, contre remise d'un récépissé de dépôt. Son emploi est fréquent, lorsqu'une assemblée doit prendre une décision importante et qu'il est nécessaire de réunir un quorum élevé. La plupart du temps les banques font, en outre, signer au dépositaire, un pouvoir de représentation en blanc, qu'elles font parvenir au Conseil d'administration.

Ce procédé assure la représentation aux assemblées générales, mais c'est à peu près la seule hypothèse où il soit utilisé. Il ne permet pas d'obtenir une immobilisation durable. Les actionnaires restent, en effet, isolés. Ne pouvant surveiller les actes de leurs collègues, ils n'ont pas d'intérêt à enchaîner leur liberté. Aussi ne le citerons-nous que pour mémoire.

Un moyen bien meilleur de réaliser un blocage d'actions consiste dans la création d'un syndicat.

A. — LE SYNDICAT DE BLOQUAGE.

Il est un organisme si commode qu'il est devenu le moule juridique dans lequel viennent se couler presque toutes les opérations financières des banques. Il est

de plus en plus répandu. Répondant à des préoccupations diverses, sa fonction est des plus variées. Il s'intéresse à l'émission des titres et peut garantir la réussite de l'opération, c'est le syndicat de placement et de garantie. Il entreprend la cotation d'une valeur nouvelle, c'est le syndicat d'introduction en Bourse. Il régularise le marché, c'est le syndicat de Bourse ou de spéculation.

Du point de vue juridique, le syndicat est une association en participation. Il ne jouit pas de la personnalité morale, il est occulte : la loi du 4 juin 1921 a consacré ce caractère qui, d'ailleurs, a toujours été admis. Il ne peut émettre de titres cessibles ou négociables. Sa constitution ne donne lieu à aucun frais.

L'engagement des participants est constaté par l'acte d'association ou acte syndical. Celui-ci indique l'objet du syndicat, son capital en espèces ou en titres, sa durée, le nom du gérant et les pouvoirs qui lui sont accordés. Des clauses de style établissent que les syndicataires ne sont pas tenus au delà de leur mise.

On distingue deux sortes de syndicats : les syndicats actifs et les syndicats passifs. Les premiers ont par leurs gérants une vie propre. Ceux-ci vont conduire toutes les opérations. Dans les seconds, au contraire, les gérants n'entreprennent rien, ce sont les membres qui, individuellement, travaillent. Comme exemple de la première catégorie on peut citer les syndicats d'introduction boursière et de la seconde les syndicats de prise ferme et de placement.

Le syndicat de blocage devant réaliser une abs-

tention doit être évidemment un syndicat passif. Il obéit à une idée essentielle : éviter la spéculation sur les titres. Or, comme ce danger se manifeste surtout lors de l'émission, c'est à ce stade de la vie d'une société que son rôle est le plus important. Pratiquement c'est presque à ce seul moment qu'on le voit fonctionner. Lorsque l'émission se fait sans appel au public, les premiers souscripteurs, banquiers ou gros capitalistes, forment entre eux un syndicat de blocage leur interdisant pendant un certain temps la vente de leurs actions ⁽⁸⁾.

Voici un type de convention de blocage :

1° Il est formé entre les adhérents aux présentes un groupement financier ayant pour objet le blocage et la réalisation éventuelle pour le compte commun des participants de..... actions de la Société.....

2° Chaque adhérent participe au Groupement pour le nombre de titres indiqué par lui au moment de son adhésion.

3° Les gérants ne reconnaissent comme membres du Groupement que les adhérents d'origine.

4° Les adhérents ne contractent entre eux, ni à l'égard des tiers, aucun engagement conjoint ou solidaire. Ils sont tenus individuellement à concurrence du nombre de titres indiqué par chacun d'eux.

(8) Presque toutes les sociétés dans lesquelles la Banque de Paris et des Pays-Bas et la Banque de l'Union Parisienne ont pris des participations ont donné naissance à un syndicat de blocage. Citons, par exemple, pour l'année 1930, la Banque Parisienne pour l'Industrie, la Compagnie Centrale de Prêts fonciers, l'Hydro-Energie, la Compagnie Française de l'Oubanghi, la Compagnie Libano-Syrienne de Tabacs, l'Union Financière d'Huilerie et de Savonnerie.

5° La gérance du Groupement est confiée à MM. . . .
(suivent les pouvoirs des gérants).

.....

6° Chaque participant déposera dans les caisses de
MM. le nombre d'actions indiqué par lui au
moment de son adhésion.

7° Le présent Groupement prendra fin le.
Toutefois, les gérants auront la faculté, s'ils le jugent
nécessaire de proroger sa durée pour une période addi-
tionnelle de mois.

8° En cas de décès, faillite, déconfiture ou interdic-
tion d'un adhérent, le Groupement continuera avec
ses héritiers ou représentants, qui devront se faire
représenter par l'un d'eux dans les rapports avec la
gérance.

Les exemples de syndicats de blocage que nous
avons donnés concernent tous des actions non entiè-
rement libérées et par conséquent nominatives, mais
rien n'empêche en théorie de réaliser la même combi-
naison avec des titres au porteur à n'importe quel
moment de la vie de la société.

En échange des titres bloqués, et en représentation
de son apport, le syndicaire reçoit une part qui ne
peut être ni cédée, ni négociée. L'immobilisation est
donc parfaite. On peut même donner plus de sou-
plesse au syndicat. Au lieu de réaliser un blocage
absolu, des clauses de l'acte syndical prévoiraient
l'aliénation des titres de la société en la soumettant
à l'agrément des participants. Un droit de préemption
pourrait même leur être réservé et le cessionnaire s'en-

gagerait à prendre dans le syndicat la place de son cédant.

Malgré cela, le syndicat de blocage ayant cette seule opération pour objet et devant avoir un caractère durable se rencontre très rarement. Pour avoir une réelle utilité, il doit réunir, sinon la majorité, du moins une fraction très importante du capital. Si les titres sont classés dans le public, le caractère occulte de l'association en participation permettra d'atteindre difficilement les petits porteurs. Ceux qui pourront l'être ne s'intéressent pas assez à la gestion pour accepter d'être embrigadés.

Pour que le syndicat soit possible, il est nécessaire que les titres soient entre les mains de quelques gros capitalistes. Encore faut-il, bien entendu, qu'ils n'aient nullement l'intention de les écouler.

B. — LES COMITÉS DE DÉFENSE.

Afin d'obtenir un groupement plus énergique et plus durable, les actionnaires ont donné à ce dernier la forme d'une société.

Parallèlement à la société d'exploitation, fonctionne une autre société où certains actionnaires de la première ont bloqué leurs actions. En représentation de celles-ci, ils reçoivent des titres spéciaux analogues à des récépissés. Ces sociétés de blocage, qui revêtent, à leur choix, une forme quelconque, peuvent évidemment édicter des clauses restrictives, tout comme pouvait le faire un syndicat. Il est inutile d'insister sur ce point.

L'inconvénient pratique qu'elles présentent, c'est que leur constitution et leur fonctionnement occasionnent des frais : souscription et rémunération du capital, impôts et taxes, aussi faut-il qu'elles répondent à une impérieuse nécessité. En fait, elles sont très peu répandues et les seules que l'on rencontre ont pour but de protéger les intérêts des porteurs français de valeurs étrangères et d'assurer leur représentation aux assemblées. La loi des finances du 31 juillet 1920 leur consacre un article ainsi conçu (art. 30) :

« Lorsqu'une société française réunit, en vue d'assurer les droits des porteurs français, les actions ou obligations d'une ou plusieurs sociétés étrangères et qu'elle délivre en représentation des titres spéciaux émis par elle comportant l'indication précise des titres que chacun a pour but de remplacer, ces titres sont exemptés dudit timbre proportionnel et les produits de ces titres seront pour chaque exercice exonérés de la taxe sur le revenu, dans la mesure où il sera justifié qu'ils correspondent aux dividendes et intérêt distribués par les sociétés étrangères pour le même exercice et que ces revenus ont acquitté l'impôt prévu. »

Cet article de loi semble accorder une mesure de faveur aux comités de défense, mais, en réalité il n'innove rien. L'immunité fiscale ne s'applique qu'aux certificats et non aux titres que la société a pu émettre. Or, les certificats de dépôt de valeurs mobilières ne sont pas soumis au timbre proportionnel, mais au timbre de dimension, comme semblent bien le demeurer ceux que prévoit le nouveau texte ⁽⁹⁾.

(9) Cf. LAGARDE, « L'émission de titres en France par des sociétés de commerce étrangères ». Paris, 1926, p. 72 et sq. *Sirey*, 1926.

L'une des plus récentes sociétés de bloquages qui aient été constituées c'est la « Société de gestion d'intérêts miniers et industriels français à l'étranger ». Créée en 1923, sous forme de société anonyme au capital de 1 million, elle a pour objet :

« Conformément aux dispositions de l'article 30 de la loi du 31 juillet 1920 et de toutes autres lois ultérieures, de réunir, en vue d'assurer les droits des porteurs français, des actions ou obligations d'une ou plusieurs sociétés étrangères et de délivrer en représentation de ces actions ou obligations des titres spéciaux émis par elle et généralement de faire, en France et à l'étranger, toutes opérations financières, mobilières ou immobilières se rattachant à l'objet ci-dessus. »

Il convient de signaler les efforts qu'avait accomplis dans ce sens l'« Association Nationale des porteurs français de valeurs mobilières ». Cet organisme date de 1892. Il a été reconnu en 1919 d'utilité publique.

Bien qu'il fut créé dans un but de documentation, il a constitué des comités de défense entre les porteurs de valeurs étrangères, par exemple en 1921 celui des actionnaires français de la « Société des Mines et Usines à zinc de Silésie ». Mais ce comité n'obligeait pas ses adhérents à immobiliser leurs titres. Il assurait simplement leur représentation aux assemblées.

A cet effet, il les invitait à signer des pouvoirs sans les dater et sans indiquer le nom du mandataire, ces pouvoirs étant complétés par ses propres soins.

La pratique arrive, en somme, à réglementer et à

restreindre les aliénations de titres au porteur et nous avons vu les combinaisons qu'elle utilise à cette fin. Ces combinaisons visent chacune un objectif délimité et elles arrivent à protéger l'actionnaire contre un danger précis, mais elles ne fonctionnent jamais d'une façon permanente et elles ne peuvent, en tout état de cause, soustraire la société à tout péril. Une société, dont les actions sont toutes au porteur, n'obtiendra jamais une tranquillité absolue.

CONCLUSION

Au début de notre étude nous avons montré tout l'intérêt que présentent les restrictions conventionnelles à la cessibilité des actions et nous en avons justifié l'existence. Les tribunaux n'en contestent pas la validité mais ils ne les ont pas toujours admises avec une grande faveur. Si la préemption a été rarement annulée, l'agrément a subi parfois un sort contraire auprès des Tribunaux de Commerce et des Cours d'appel. Quant au vote par les assemblées générales d'une clause restrictive quelconque la Cour de Cassation y est franchement opposée.

Cette réserve confinant parfois à l'hostilité provient du critérium qu'a choisi la Jurisprudence pour distinguer les deux types de sociétés commerciales. Ce critérium, c'est l'intimité du lien unissant les divers associés. De cet élément psychologique, de la présence ou de l'absence de l'« *intuitus personæ* » elle fait découler la transmissibilité ou l'intransmissibilité des droits sociaux. Limiter la liberté de transfert d'une action c'est donc pour elle introduire dans la société un facteur qui doit en être normalement exclu.

Mais si les notions d'« *intuitus personæ* » et d'« *intuitus pecuniæ* » sont commodées parce qu'elles permettent de grouper un certain nombre de règles pro-

pres à chacune des deux catégories de sociétés et de les expliquer comme découlant de la volonté présumée des fondateurs, elles sont sans valeur juridique. La véritable distinction entre les sociétés réside dans la responsabilité qu'offrent les associés aux tiers et c'est se livrer à une analyse inutile que de rechercher l'intention des contractants. Ils sont libres de s'attacher ou non à leurs qualités personnelles réciproques. Peu importe la façon dont ils entendent régler leurs rapports. Seulement leur liberté se trouve restreinte par les règles légales concernant le fonctionnement de la société. S'il leur est permis de les assouplir il leur est interdit de les enfreindre. La cessibilité de l'action est une règle d'ordre public. La convention peut y déroger sans la supprimer complètement. Ainsi tenons-nous pour légitimes le droit de préemption et la faculté d'agrément motivé, ces clauses pouvant être introduites dans les statuts, soit lors de la convention initiale, soit ultérieurement par voie de modification.

Pour conclure, il nous reste une dernière question à envisager :

Lorsqu'une entreprise sent le besoin de restreindre la cession de ses titres, au lieu d'édicter des restrictions conventionnelles, n'est-il pas plus commode de prendre la forme d'une société à responsabilité limitée, où toutes les transmissions sont de plein droit soumises à l'agrément du corps social ? Depuis la loi du 7 mars 1925, l'étude des clauses restrictives n'a-t-elle plus qu'un intérêt historique ?

Certainement non, car le nouveau type de société ne s'adapte pas à toutes les situations et ne peut être adopté par toutes les entreprises.

La loi de 1925 exige — en effet — que les parts sociales soient libérées intégralement. En outre, procéder à des émissions de valeurs mobilières par souscription publique est interdit à la société à responsabilité limitée. Celle-ci convient donc à des personnes déjà en relations d'affaires ou à des membres d'une même famille qui désirent entreprendre une exploitation en limitant leur risque à leur apport et sans recourir aux formalités compliquées et coûteuses de constitution d'une société anonyme. Mais, une entreprise de quelque envergure, prévoyant son développement et désireuse de ménager son crédit ne pourra revêtir que la forme d'une société de capitaux ordinaires. La nécessité de limiter la transmission de ses titres n'en est pas, pour autant, supprimée. Elle demeure, même, primordiale pour les actions à vote plural. Le problème des clauses restrictives est toujours d'actualité.

Vu :

LE DOYEN,
H. BERTHELEMY.

Vu :

LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE
G. RIPERT.

Vu et permis d'imprimer,

LE RECTEUR DE L'ACADÉMIE DE PARIS,
S. CHARLETY.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES SPECIAUX ET THESES

- CAMERLYNCK. — « De l'intuitus personæ dans la société anonyme », *Thèse* Paris.
- GAUTRAT et CONSTANTIN. — *Traité théorique et pratique des syndicats financiers*, 1931.
- JOSSERAND. — *De l'abus des droits*, 1905.
- LAGARDE. — *L'émission de titres en France par des sociétés de commerce étrangères*, 1926.
- MOULIN. — *Du rachat par une société de ses propres titres*. *Thèse* Paris.
- RIPERT. — *La règle morale dans les obligations civiles*, 2^e édition, 1927.

ARTICLES DE REVUE

- BEUDANT. — Des caractères distinctifs de l'intérêt et de l'action en matière de sociétés. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1869.
- BOURCART. — De l'influence de la loi du 16 novembre 1903 sur les pouvoirs des assemblées générales extraordinaires pour la modification des statuts. *Journal des Sociétés*, 1912.

- « L'intuitus personæ dans les sociétés ». *Journal des Sociétés*, 1927.
- CORDONNIER. — L'actionnaire peut-il céder son droit de vote ? *Journal des Sociétés*, 1927.
- DEMONTES. — Contrats commerciaux et titres à crédit. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1931.
- ESCARRA. — Les restrictions conventionnelles de la transmissibilité des actions. *Annales de Droit commercial*, 1911.
- FRAISSINGEA. — Le double critérium de l'action. *Annales de Droit commercial*, 1914.
- LAGARDE. — Des clauses réservant l'agrément d'un tiers pour la cession de droits. *Revue Critique de législation et de jurisprudence*, 1928.
- MICHEL. — De la cession du droit de vote attaché aux actions. *Recueil juridique des Sociétés*, 1926.
- MOLIERAC. — Dans quelles limites une société peut-elle interdire à un actionnaire de disposer librement de son action. *Revue des Sociétés*, 1925.
- PERCEROU. — Du pouvoir de l'assemblée générale extraordinaire dans les sociétés par actions à l'effet de modifier les statuts, envisagé spécialement au point de vue de la loi du 16 novembre 1903 sur les actions de priorité. *Journal des Sociétés*, 1907.
- PIC. — Critérium légal de la distinction de l'intérêt et de l'action. *Annales de Droit Commercial*, 1910.

PIC et BARATIN. — De la part sociale dans la société à responsabilité limitée. *Revue des Sociétés*, 1926.

THALLER. — Du droit de Prémption que se réserve une société pour écarter les acheteurs de ses actions. *Annales de Droit Commercial*, 1903.

Syndicat financiers d'émission. — Organisation. — Responsabilité. *Annales de Droit Commercial*, 1911.

WAHL. — Des restrictions statutaires apportées à la désignation des administrateurs ou des commissaires de surveillance et au droit de voter dans les assemblées de sociétés anonymes. *Journal des Sociétés*, 1913.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. — « <i>L'intuitus personæ</i> » dans les sociétés de capitaux.....	1
CHAPITRE I. — <i>La cessibilité de l'action et l'ordre public</i>	9
A. Le fondement de la cessibilité.....	11
B. L'« <i>intuitus personæ</i> ».....	12
C. La cessibilité des actions dans la commandite	15
D. La cessibilité des actions dans la société anonyme.....	18
CHAPITRE II. — <i>La clause d'agrément</i>	23
Section I. — <i>La controverse en Doctrine</i>	23
Section II. — <i>Etude la Jurisprudence</i>	26
A. L'agrément dans la société en com- mandite. Le critérium de l'action..	26
B. L'agrément dans la société anonyme.	30
Section III. — <i>Les limites à l'exercice de la clause d'agrément</i>	33
A. Conditions de validité de la clause d'agrément	33
B. Domaine d'application de la clause d'agrément	37

Section IV. — Effets de la clause d'agrément. La novation.....	39
CHAPITRE III. — La clause de préemption.....	43
Section I. — Conditions de validité.....	44
A. Délai d'exercice de la préemption...	45
B. Taux de la préemption.....	46
Section II. — Domaine d'application de la clause	50
A. Au profit de qui le droit de préemption peut-il être réservé ?.....	51
B. Quelles transmissions la clause de préemption peut-elle régir ?.....	54
Section III. — Sanction de la clause de préemption. L'abus du droit.....	56
Section IV. — La préemption dans les sociétés à responsabilité limitée.....	62
CHAPITRE IV. — Les pouvoirs des assemblées d'actionnaires	65
Section I. — Les pouvoirs des assemblées avant la loi du 22 novembre 1913.....	66
A. Exposé historique du problème.....	66
B. La Jurisprudence des « Bases essentielles ».....	69
C. La libre cessibilité des actions fait-elle partie des « bases essentielles » ?.	71
Section II. — Les pouvoirs des assemblées depuis la loi du 22 novembre 1913.....	74
A. La loi du 22 novembre 1913.....	74

B. Le domaine d'application de la loi de 1913	77
C. La loi du 1 ^{er} mai 1930.....	80
Section III. — <i>L'engagement des actionnaires et les clauses restrictives</i>	82
A. Les solutions de la Jurisprudence...	82
B. Critique de la Jurisprudence.....	84
CHAPITRE V. — <i>Les clauses restrictives et les titres au porteur</i>	91
Section I. — <i>Les restrictions au droit de vote</i>	93
A. Est-il licite de séparer le droit de vote des autres droits attachés à la pos- session d'un titre ?.....	94
B. Le fondement du droit de vote. Son caractère intangible.....	97
C. Les solutions de la Jurisprudence...	103
Section II. — <i>Les conventions de blocage</i> ..	104
A. Le syndicat de blocage.....	105
B. Les comités de défense.....	109
CONCLUSION	113
BIBLIOGRAPHIE	117

